

Rechtsfragen zur Verpflanzung von Körper- und Leichenteilen

Inauguraldissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

vorgelegt von

Paul Schäfer

aus Osnabrück

1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555413_0029

Rechtsfragen zur Verpflanzung von Körper- und Leichenteilen

Inauguraldissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster**

vorgelegt von

Paul Schäfer

aus Osnabrück

1961

9312/167

1. Berichterstatt

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Lukes

Dekan: Prof. Dr. Deutsch

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Januar 1961

I N H A L T
=====

	Seite
I. Einleitung	1
II. Zur Verpflanzung von Körperteilen	7
1.) Das Recht des Menschen am eigenen Körper	7
a) Bestehen und Inhalt dieses Rechtes	7
b) Zum Begriff des subjektiven Rechts	14
c) Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht	33
d) Kein Eigentum am eigenen Körper	39
e) Künstliche Körperteile und Hilfsmittel	43
2.) Die Rechtslage abgetrennter Körperteile	46
3.) Verfügungsgeschäfte über Körperteile	51
4.) Verpflichtungsgeschäfte über Körperteile	52
a) Unmittelbare Verpflichtungen	52
b) Mittelbare Verpflichtungen	56
c) Verträge für den Fall der Abtrennung	59
III. Zur Verpflanzung von Leichenteilen	63
1.) Mit dem Tode erlischt das Rechtssubjekt	63
2.) Ein Bestimmungsrecht unter Lebenden	69
3.) Berechtigt ist der Erbe	76
4.) Das Bestimmungsrecht des Erben ist Eigentum	96
5.) Der Leichnam gehört nicht zum Nachlaß	104
6.) Der Wille des Verstorbenen	106
7.) Rechtsgeschäfte des Erben	114

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- v. Alvensleben Greifswalder Diss. (1909)
Die Rechtsverhältnisse am toten menschlichen Körper.
- Bauer H.G. Leipziger Diss. (1929)
Die Behandlung des menschlichen Leichnams im
geltenden deutschen Recht.
- Becker G. JR 1951 S. 328 - 333
Der Umfang des Rechts öffentlicher Krankenanstalten
zur Obduktion von Leichen.
- Bekker E.I. Weimar 1886
System des heutigen Pandektenrechts, Band I.
- Berger F. Hallenser Diss. (1932)
Das Recht des Arztes zur Leichenobduktion.
- Bierling Gotha 1883
Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe.
- Binder ArchBürglR. Bd. 34 S. 209 - 260 (1910)
Vermögensrecht und Gegenstand.
- Blomeyer Festschrift für Lehmann, S. 101-114 (1937)
Zur Lehre von den Rechten des Einzelnen.
- v. Blume W. AcP. Bd. 112 S. 367 - 427 (1914)
Fragen des Totenrechts.
- Bohne G. Festschrift für R.Schmidt S.105-176 (1932)
Das Recht zur klinischen Leichensektion.
- Brunner NJW 1953 S. 1173 - 1174
Theorie und Praxis im Leichenrecht.
- Coing H. SJZ 1947 Sp. 641 - 645
Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche
Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeits-
recht des bürgerlichen Rechts.
JZ 1958 S. 558 - 560
Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeits-
schutzes.
- Cramer C. Züricher Diss. (1885)
Die Behandlung des menschlichen Leichnams in
Civil- und Strafrecht.
- Darmstädter F. AcP. Bd. 151 S. 311 - 342 (1950)
Eigenschaftsbegriff des bürgerlichen Rechts.
- v. Dassel Das Recht 1908 S. 410 - 412
Beitrag zu der Frage des Rechts an einem Leichnam
und des Rechts, über die Beerdigung und die Aus-
grabung einer Leiche zu bestimmen.
- Denzinger Freiburg 1955
Enchiridion Symbolorum, 30. Auflage.

- Dernburg Halle 1898
Bürgerliches Recht, Band 3.
1911
System des Römischen Rechts, I. Teil, 8. Auflage.
- Dotterweich JR 1953 S. 174 - 175
Die Rechtsverhältnisse an Goldplomben in den
Kieferknochen beerdigter Leichen.
- Endemann I. Berlin 1893
Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation
seitens des körperlich Verletzten.
- Enn.-Nipperdey Tübingen 1952 und 1955, 14. Auflage
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 1 und 2.
- Enn.-Lehmann Tübingen 1958
Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung.
- Enn.-Wolff-Raiser Tübingen 1957
Sachenrecht, 10. Bearbeitung.
- Enn.-Kipp-Coing Tübingen 1960
Erbrecht, 11. Bearbeitung.
- Erman Münster 1958
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Bearbei-
tung.
- Esser Karlsruhe 1949
Lehrbuch des Schuldrechts.
- Fromm F.K. Breslauer Diss. (1931)
Verfügungsgeschäfte über die eigene Leiche.
- v. Gamm NJW 1955 S. 1826 - 1827
Zur praktischen Anwendung des allgemeinen
Persönlichkeitsrechts.
- Gareis K. Festgabe für Schirmer, S. 59 - 100 (1900)
Das Recht am menschlichen Körper. (Königsberg)
Seuff.Bl. Bd. 70 S. 308 - 324 (1905)
Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten.
- v. Gierke O. Leipzig 1895 und 1905
Deutsches Privatrecht, Band I und II.
- Hegemann Erlanger Diss. (1912)
Der Leichnam im Rechtssystem.
- Hubmann H. Heft IV der Beiträge zum Handels-, Wirt-
schafts- und Steuerrecht, Münster-Köln.
Das Persönlichkeitsrecht. (1953)
JZ 1957 S. 521 - 528
Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit
gegen Indiskretion.
- Ihering, R. v. IheringJ. Bd. 10 S. 245 - 345 (1871)
Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung recht-
licher Tatsachen auf dritte Personen.
Leipzig 1888
Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen
Stufen seiner Entwicklung, III. Teil.

- Johnsen K. Heidelberger Diss., Glückstadt (1912)
Das Privatrecht der Leiche. Zugleich ein kritischer
Beitrag zur Lehre vom Recht am eigenen Körper.
- Josef E. Das Recht 1905 S. 103 - 104
Nochmals die testamentarische Anordnung der
Leichenverbrennung.
Gruchots Beitr. Bd. 65 S. 304 - 317 (1921)
Praktische Fragen des Totenrechts.
JW 1925 S. 2109 - 2110
Nochmals: Das Recht, die Grabinschrift zu bestimmen.
LZ 1926 Sp. 106 - 108
Totenruhe der Aschenurne.
JR 1929 S. 85
Recht der Geschwister zur Bestimmung der Grabinschrift.
- Kaestlin NJW 1959 S. 1009 - 1013
Der Persönlichkeitsschutz nach schweizerischem Recht.
- Koebel NJW 1955 S. 1337 - 1338
Allgemeines Persönlichkeitsrecht und
Unterlassungsanspruch.
NJW 1958 S. 936 - 938
Das Fortwirken des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode.
- Koppe F. Erlangerer Diss. (1907)
Das Recht am eigenen Körper.
- Kramer Berliner Diss. (1887)
Über das Recht in Bezug auf den menschlichen Körper.
- Krüger H. NJW 1955 S. 14 - 16
Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung
und deren Schranken.
- Kühne E. AcP. Bd. 140 S. 1. - 63 (1935)
Versprechen und Gegenstand.
- Larenz NJW 1955 S. 521 - 525
Das "allgemeine Persönlichkeitsrecht"
im Recht der unerlaubten Handlungen.
- Leonhard Berlin 1912
Kommentar zum BGB, Bd. V, Erbrecht, 2. Auflage.
- Maurach Karlsruhe 1954
Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil.
- Meyer R.V. Heidelberger Diss. (1913)
Das Recht am eigenen Körper.
- Mugdan Berlin 1899
Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich.
- Neumann-Duesberg SJZ 1950 Sp. 483 - 485
Totale und partielle Ausschlußrechte.
NJW 1957 S. 1341 - 1344
Abgrenzbarkeit des allgemeinen Persönlichkeits-
rechts und sein Schutz nach § 823 I BGB.
- Oppenheimer L. LZ 1928 Sp. 1534 - 1537
Das Recht der Anatomie auf Menschenleichen.

- Oertmann P. IherDogmJ. Bd. 31 S. 415 - 467 (1892)
 Der Dinglichkeitsbegriff.
 Berlin 1910
 Kommentar zum BGB, II. Buch, 3.- 4. Auflage.
 IherDogmJ. Bd. 66 S. 130 - 308 (1916)
 Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit.
 AcP. Bd. 123 S. 129 - 160 (1925)
 Zur Struktur der subjektiven Privatrechte.
 LZ 1925 Sp. 511 - 517
 Aneignung von Bestandteilen einer Leiche.
 Berlin 1927
 Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil, 3. Auflage.
- Palandt Berlin und München 1959
 Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage.
- Philipsborn JW 1930 S. 1552 - 1554
 Das Recht auf Leichensektionen in Krankenanstalten.
- Pflüger AcP. Bd. 79 S. 406 - 445 (1892)
 Über das Wesen der Dinglichkeit.
- Planck Berlin 1913 und 1906
 Kommentar zum BGB, 1. Band, Allgemeiner Teil, 4. Aufl.
 3. Band, Sachenrecht, 3. Auflage.
- Rausnitz J. Das Recht 1903 S. 593 - 595
 Das Recht am menschlichen Körper und
 das Recht der Anatomie.
- Reinhardt R. Mannheim 1931
 Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung.
- Rümelin Freiburg und Tübingen 1881
 Reden und Aufsätze.
 AcP. Bd. 90 S. 171 - 344 (1900)
 Die Verwendung der Kausalbegriffe
 im Straf- und Zivilrecht.
- Sandheim Das Recht 1905 S. 43
 Kann testamentarisch die Leichenverbrennung
 rechtswirksam angeordnet werden?
- Savigny, F.C.v. Berlin 1840
 System des heutigen römischen Rechts, 1. Band.
- Schmeißmeier F. Diss. Münster (1951)
 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht.
- Schloßmann IherDogmJ. Bd. 45 S. 289 - 390 (1903)
 Über den Begriff des Eigentums.
- Schönfeld Die Reichsgerichtspraxis im deutschen
 Rechtsleben, II. Band (1929)
 Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts.
- Schreuer H. Festgabe für Bergbohm, S. 242-277, Bonn (1919)
 Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte.

- Schultheis R. Hallenser Diss. (1888)
Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen
am menschlichen Leichnam und an Teilen desselben.
- v. Schwerin Seuff.Bl. Bd. 70 S. 653 - 669 (1905)
Das Recht am Leichnam.
- Siebert W. NJW 1958 S. 1369 - 1374
Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrechts.
- Sohm R. IherDogmJ. Bd. 53 S. 373 - 394 (1908)
Noch einmal der Gegenstand.
IherDogmJ. Bd. 73 S. 268 - 298 (1923)
Die subjektiven Rechte im deutschen
Bürgerlichen Gesetzbuch.
- Soergel Köln und Stuttgart 1955 und 1959
Kommentar zum BGB, Band 1, 9. Auflage.
Band 3, 8. Auflage.
- Specovius R. JW 1925 S. 344 - 345
Das Recht, die Grabinschrift zu bestimmen.
- Staudinger Berlin 1925 bis 1958
Kommentar zum BGB, 9. bis 11. Auflage.
- Thon Weimar 1878
Rechtsnorm und subjektives Recht.
- Tietz Strafr. Abhandl. H 291 S. 1 - 91 (1931)
Der Schutz der Toten im Recht der Gegenwart.
- v. Tuhr Leipzig 1910
Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
- Völkers Das Recht 1916 S. 250 - 252
Vom Recht am Leichnam des Gefallenen.
- Weiser F. Marburger Diss. (1933)
Die Fürsorge für den Leichnam.
- Westermann Karlsruhe 1956
Sachenrecht, 3. Auflage.
Heft 47 der Arbeitsgemeinschaft für For-
schung des Landes NRW, Köln+Opladen (1957)
Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht.
- Wieacker F. AcP. Bd. 148 S. 57 - 104 (1943)
Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung.
- Wicke JR 1929 S. 174 - 175
Zum Beerdigungsrecht.
- Windscheid-Kipp 8. Auflage
Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band.

E N T S C H E I D U N G E N

=====

- RGSt Bd. 25 S. 375 - 389 (1894)
OLG Hamburg - OLGRspr. Bd. 2 S. 426 (1901)
RGZ Bd. 51 S. 369 - 385 (1902)
RG Seuff.Bl. Bd. 70 S. 14 = DJZ 1904 Sp. 265
= Seuff.Arch. Bd. 59 Nr. 175.
OLG Frankfurt - OLGRspr. Bd. 14 S. 248 (1906)
= Seuff.Arch. Bd. 52 Nr. 88
OLG Hamburg - OLGRspr. Bd. 16 S. 262 (1908)
RGZ Bd. 71 S. 20 - 21 (1909)
RG JW 1912 S. 540 - 541 = Warn.Rspr. 1912 Nr. 219
RG JW 1915 S. 595 - 596 = Das Recht 1915 S. 366
KG Seuff.Arch. Bd. 73 Nr. 227 (1918)
OLG Hamburg LZ 1920 Sp. 660
RGZ Bd. 100 S. 172 - 173 (1920)
RGZ Bd. 106 S. 188 - 194 (1923)
RGZ Bd. 108 S. 217 - 221 (1923)
OLG Dresden JW 1925 S. 2125
RG JW 1925 S. 2125 = Das Recht 1925 Nr. 1299
= Warn.Rspr. 1925 Nr. 203
RG Das Recht 1926 Nr. 461
LG Bonn JW 1928 S. 2294 - 2297 mit Anm. v. Ebermeyer
OLG Hamburg DJZ 1929 S. 718
RGSt Bd. 64 S. 313 - 316 (1930)
RGZ Bd. 154 S. 269 - 275 = DJ 1937 S. 864
RGZ Bd. 156 S. 193 - 208 (1937)
RGSt Bd. 74 S. 91 - 94 (1940)
LG Köln MDR 1948 S. 365
BGHZ Bd. 8 S. 243 - 249
BGHZ Bd. 13 S. 134 - 141 = NJW 1954 S. 1404 - 1405
= GRUR 1955 S. 197
= JZ 1954 S. 698-700 + Anm.Coing
BGHZ Bd. 15 S. 249 - 262 = NJW 1955 S. 260
= JZ 1955 S. 211-214 +Anm. Ulmer
KG NJW 1956 S. 26 - 27
BGHSt Bd. 11 S. 111 - 117 (1957)
BGHZ Bd. 24 S. 200 - 214 = NJW 1957 S. 1146 - 1148
BGHZ Bd. 26 S. 284 - 291 (1958)
BGHZ Bd. 26 S. 349 - 359 = NJW 1958 S.827-830 +Anm.Larenz
BGH NJW 1959 S. 1268 - 1272

I.

EINLEITUNG.

=====

In der Bewertung menschlichen Verhaltens liegt die wesentliche Funktion des Rechts. Der Mensch steht als Inhaber von Rechten im Mittelpunkt jeder rechtlichen Würdigung.

Es könnte unter diesen Umständen überraschen, daß die Frage nach der Stellung des menschlichen Körpers und Leichnams im Rechtssystem, die noch keineswegs abschließend geklärt ist, nur ein drittrangiges Problem in der Rechtswissenschaft darstellt. Allein dieses scheinbare Mißverhältnis erklärt sich leicht aus dem Umstand, daß es im Rechtsleben nicht häufig zu echten Streitfällen über solche Fragen gekommen ist, die den menschlichen Körper oder Leichnam betreffen.

Das Verhältnis des Menschen zu seinem eigenen Körper ist ein höchstpersönliches und entzieht sich einer rechtlichen Bewertung weithin schon deshalb, weil es andere Menschen üblicherweise nicht berührt. Dieser Bereich mag für den Anthropologen oder Mediziner von hohem Interesse sein, für den Juristen kann eigentlich nur das Verhältnis anderer Menschen zu einem menschlichen Körper von Wichtigkeit sein. Dieses Verhältnis ist durch den einfachen Grundsatz gekennzeichnet, daß niemand einen anderen körperlich verletzen darf. Diese Grundregel menschlichen Zusammenlebens ist bereits seit so langer Zeit in der Volksanschauung fest verankert, daß sie als selbstverständlich gilt.

Aber nicht nur die einhellige Anerkennung dieser Grundregel ist es, die die Stellung des menschlichen Körpers im Rechtsleben leicht als unproblematisch erscheinen läßt. Das rührt noch mehr von der Tatsache her, daß der menschliche Körper seit langem nie Gegenstand des Rechtsverkehrs gewesen ist. Erscheinungen wie Sklavenhandel und Schuldknechtschaft liegen unserem Rechtsbewußtsein viel zu fern, als das sie noch zu

grundsätzlichen Erörterungen Anlaß bieten könnten. Es hat sich allgemein die Überzeugung durchgesetzt, der Eike von Repkow in seinem Sachsenspiegel Ausdruck verleiht: An minen sinnen en kan ich es nicht uf genomen - nah der warheit - daz ieman des anderen sulle sin. Wenn aber somit der Körper eines lebenden Menschen unter keinen Umständen einem anderen Menschen gehören kann, dann fehlt es insoweit an einem Rechtsverkehr und damit an dem üblichen Anlaß für rechtliche Untersuchungen. Freilich hat es auch immer Dinge gegeben, die von dem lebenden Körper eines Menschen abgetrennt waren, wie z.B. ausgefallene Zähne oder abgeschnittene Haare, die wohl in das Eigentum anderer gelangen konnten. Derartige Teile haben aber im Rechtsverkehr nie eine größere Rolle gespielt, wenn sie nicht überhaupt als wertlos galten. Sie waren wenig geeignet, Gegenstand von Interessengegensätzen zu werden.

Auch der menschliche Leichnam konnte lange Zeit kaum Anlaß zu privatrechtlichen Erörterungen geben. Der Umstand, daß der Leichnam alsbaldiger Verwesung anheimfällt und keine wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeiten bietet, war dabei nicht einmal ausschlaggebend. Die Lehren der Religion, die Pietät oder der Dämonenglaube, schließlich auch Vorschriften öffentlichrechtlicher Art bestimmten das Schicksal der Leiche nahezu vollständig, so daß für eine privatrechtliche Dispositionsbefugnis wenig Platz verblieb.

Vom Tatsächlichen her hat sich dieses Bild in den letzten Jahrzehnten gewandelt. Der menschliche Körper und Leichnam verdienen heute in höherem Maße Beachtung in der Rechtswissenschaft, weil sie allmählich beginnen, im Rechtsverkehr eine Rolle zu spielen.

Die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft haben vielfältige und weitgehende Eingriffe in den Körper des lebenden Menschen möglich gemacht. Dabei beschränken sich die Ärzte nicht auf die Entfernung erkrankter Gewebeteile. Es werden auch verschiedene Gegenstände

dem Körper fest ein- und angefügt. Die Verwendung z.B. von Amalgamplomben, Goldkronen, Garnen zum Nähen von Adern, Därmen, Haut usw. und von Silberstiften zum Nageln von Knochen ist allgemein gebräuchlich und bekannt. Darüberhinaus werden nun seit einiger Zeit Körperteile von anderen Menschen und Teile von Leichen auf verletzte oder erkrankte Menschen übertragen. Es ist heute möglich, Flecken von Haut zu verpflanzen. Unter eineiigen Zwillingen hat man schon eine Niere ausgetauscht. Die Transfusion von Blut und Lymphflüssigkeit ist allgemein in Übung. Vor einigen Jahren ging die Nachricht von einem italienischen Geistlichen durch die Presse, der seine Augen zwei jungen Blinden vermacht hatte. Durch Transplantation kleiner Hornhautstückchen gelang es, ihnen die Sehkraft wiederzugeben. Wenn infolge einer Verletzung in einem Gliede eine Länge Knochen fehlt, so heilt die Bruchstelle, wenn man sie lediglich ruhig legt, zwar zu, aber der an dieser Stelle neu sich bildende Knochen gewinnt keine Festigkeit. Wenn man in die Lücke ein fremdes Knochenstück legt, so heilt dieses zwar nicht ein, aber es bildet für einige Monate ein "Spalier", an dem sich neuwachsendes eigenes Knochengewebe entlangranken kann. In ähnlicher Weise kann, wenn eine größere Länge einer wichtigen Ader ausgefallen ist, ein Stück Adergewebe von einer Leiche eingenäht werden.

Um für derartige Fälle gerüstet zu sein, haben schon viele größere Krankenhäuser sogenannte Knochen- und Aderbanken sowie Lager von Blutkonserven der verschiedenen Blutgruppen angelegt. Splitter von Menschenknochen lassen sich bei 40° Kälte auf lange Zeit in frischem Zustand erhalten.

Bisher steht der Verpflanzung von Körper- und Leichenteilen noch ein schweres Hindernis entgegen. Der menschliche Körper hat nämlich verschiedenerlei individuell eigentümliche Eiweißstoffe, die mit andersartigen fremden nicht harmonieren. Dem Körper fremde

Eiweißstoffe werden zerstört oder abgestoßen oder wirken sogar als Gifte, es sei denn, sie stammen von einem eineiigen Zwilling. Man will inzwischen erkannt haben, daß diese zerstörerischen Wirkungen von gewissen Antikörpern herrühren und durch radioaktive Bestrahlungen weitgehend vermieden werden können. Es ist also wohl damit zu rechnen, daß hier in Zukunft noch Mittel und Wege gefunden werden, um eine Einheilung fremder Gewebeteile zu ermöglichen, und daß die Übertragung von Körperteilen einen immer größeren Umfang annehmen wird. Es ist heute schon möglich und in vielen Fällen erprobt, einem Menschen, der einen Daumen verloren hat, den Mittelfinger derselben Hand umzupflanzen, so daß ein neuer Daumen entsteht, der sogar dem Willen gehorcht.

Es wird zwar wohl nie dahin kommen, daß Körperteile so ähnlich wie Maschinenteile ersetzt werden können; immerhin sind Ansätze vorhanden, die deutlich in diese Richtung weisen.

Die Fragen nach der Stellung des menschlichen Körpers und Leichnams im System des bürgerlichen Rechts, die vor 50 Jahren noch als theoretische Spitzfindigkeiten angesehen werden mochten, gewinnen damit an Gewicht und Aktualität. Es sind heute keine rein akademischen Fragen mehr, ob und wie man einen Körperteil rechtswirksam verschenken, verkaufen oder vererben kann. In diesem Zusammenhang wird im folgenden zu untersuchen sein, ob abgetrennte Körperteile Sachen sind und ob nicht gar der beseelte Leib als Sache im Rechtssinne, als "körperlicher Gegenstand" (§ 90 BGB), angesehen werden muß. Letzteres rührt an die Grundfrage, wie das Verhältnis des Menschen zu seinem Körper rechtlich zu bewerten ist. Von dieser Einordnung des menschlichen Körpers mag zwar unmittelbar für die juristische Praxis noch nicht sehr viel abhängen, sie ist aber folgeweise bedeutsam für die wichtigere Frage nach der Rechtslage des Leichnams.

Nachdem die medizinische Wissenschaft für zahlreiche Fälle die Möglichkeit von Transplantationen erkannt und erprobt hat, wird mit zunehmender Häufigkeit die Frage auftauchen, ob von einem bestimmten Leichnam bestimmte Teile entnommen werden dürfen und sollen. Die Entscheidung über diese Frage muß irgendwelchen bestimmten Personen zustehen. Es gilt also, aus dem Lebenskreis des Verstorbenen diejenige Person oder Personengruppe abzugrenzen, der es obliegt, für den Leichnam zu sorgen und insbesondere die Art der Bestattung zu bestimmen. Es ist zu hoffen, daß es gelingt, diese Person oder Personengruppe in allgemeingültiger Weise zu bezeichnen. Sollte das nämlich nicht möglich sein, so ergäbe sich ein betrüblicher Befund. Es ließe sich dann schlechterdings nicht entscheiden, unter welchen Umständen eine Transplantation von Leichenteilen als gerechtfertigt anzusehen wäre und wann sie als rechtswidrig gelten müßte. In der Folge müßte man sich damit abfinden oder es gar gutheißen, wenn in Kliniken die Entnahme von Leichenteilen möglichst heimlich und hinter dem Rücken der Angehörigen vorgenommen würde. Ferner hieße das auch eingestehen, daß die Gerichte bei jedem Streit unter Angehörigen über das Schicksal eines Leichnams eigentlich überfordert wären und ihre Entscheidung nach Gutdünken treffen müßten. Es soll daher hier versucht werden, aus gewissen Anhaltspunkten im Bürgerlichen Gesetzbuch die Lösung zu entwickeln, die unserer Privatrechtsordnung entspricht für die Fragen, wem das Schicksal einer Leiche anheimgegeben ist und wie weit seine Befugnisse reichen.

Es braucht nicht zu überraschen, daß diese Fragen und auch die nach der Rechtslage des menschlichen Körpers im BGB keine ausdrückliche Regelung gefunden haben. Zur Zeit um die Jahrhundertwende konnten diese Fragen noch als unbedeutend angesehen werden. Ferner waren sie schon damals im Schrifttum recht umstritten, und

es ist bekannt, daß der Gesetzgeber der Entwicklung in der Lehre nur insoweit vorgreifen wollte, wie ihm unumgänglich erschien. Schließlich ist es auch eine recht undankbare Aufgabe, an einen Bereich, in dem weltanschauliche Bindungen und die ehrfürchtige Scheu vor dem Tode obwalten, mit kalter juristischer Logik heranzugehen und mitmenschliche Beziehungen, die in besonderem Maße persönlich und individuell geprägt sind, abstrakten Paragraphen zu unterwerfen.

In der einschlägigen Literatur, die überwiegend älteren Datums ist, bemühen sich die meisten Autoren, allen Pietätsempfindungen gerecht zu werden und kommen dann häufig zu etwas undurchsichtigen Ergebnissen. Gleichwohl stehen sich unterschiedlichste Meinungen gegenüber. Es finden sich neben etlichen kurzen Gelegenheitsarbeiten und einigen, meist nicht sehr ergiebigen Dissertationen nur wenige eingehende Darstellungen. Die Lehrbücher und Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch beschränken sich allgemein auf knappe Feststellungen und verzichten auf ausführliche Begründungen. Aus der Rechtssprechung der oberen Gerichte konnte eine Anzahl von Entscheidungen benutzt werden, die sich mit Fragen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts befassen oder Fälle behandeln, in denen in einer Klinik ohne Gestattung eine Sektion vorgenommen (1) oder Goldzähne aus einem G^Labe entwendet worden waren (2). Die weitaus größte Zahl der zitierten Entscheidungen betrifft jedoch das Recht, die Umbettung eines beigesetzten Leichnams zu verlangen. Die Tatsache, daß diese Streitigkeiten so häufig zum Reichsgericht gelangt sind, ist bemerkenswert. Sie beweist zweierlei: 1.) Mögen sich die Fragen bezüglich des Schicksals eines Leichnams auch in den allermeisten Fällen nach Takt, Herkommen und Pietät von selbst regeln; wenn es zu einem Streit kommt, dann fühlen sich oft die Beteiligten in ihrem Heiligsten getroffen;

1) vgl. LG Bonn, JW 1928 S. 2294.

2) vgl. RGSt 64 S. 313; LG Köln MDR 1948 S. 365.

2.) Die Rechtslage muß sehr unübersichtlich und verworren sein, wenn bei nur geringen Abweichungen immer wieder der gleiche Streitfall den obersten Gerichten zur Entscheidung vorgelegt worden ist.

II. ZUR VERPFLANZUNG VON KÖRPERTEILEN.
=====

1.) Das Recht des Menschen am eigenen Körper.

a) Bestehen und Inhalt dieses Rechtes.

Die körperliche Unversehrtheit jedes Menschen ist in unserer Rechtsordnung umfassend geschützt. In §§ 223 und 230 StGB wird ~~es~~ für vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzungen Gefängnis bis zu drei Jahren oder Geldstrafe angedroht. Mit einer Verweisung auf diese Vorschriften ist in § 823 II BGB bestimmt, daß der Verletzte vollen Ersatz des ihm entstandenen Schadens von dem Verletzer verlangen kann. Zudem ist in § 823 I BGB noch einmal ausdrücklich gesagt: "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet". Man darf also sicherlich den menschlichen Körper oder die körperliche Unversehrtheit als ein geschütztes Rechtsgut bezeichnen. Fraglich ist nur, ob hier nicht mehr gegeben ist, nämlich ein subjektives Recht. Dafür spricht recht deutlich die Fassung des § 823 I BGB, insofern in der mit "oder ein sonstiges Recht" endenden Aufzählung auch der Körper genannt ist. Mit dieser ausdrücklichen Erwähnung des Körpers muß der Gesetzgeber auch einen besonderen Zweck verfolgt haben; denn die Rechtsfolge der Verletzung: Schadensersatzpflicht, ist im Absatz zwei des Paragraphen ohnehin umfassend genug normiert. Der Wortlaut des § 823 BGB legt daher den Schluß nahe, daß der Gesetzgeber ein

subjektives Recht bezüglich des eigenen Körpers anerkennen wollte. Das wird durch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift bestätigt.

Den Text des ersten Entwurfs (§ 704 Abs. 1 - 3) erläuterten die Motive zwar noch folgendermaßen: "Die Vorschrift, daß als Verletzung eines Rechtes im Sinne des § 704 II auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen sei, ist notwendig, weil mit Grund bezweifelt werden kann, ob diese höheren Güter als Rechte bezeichnet werden können, aber gerade sie auch des Schutzes bedürfen, der ihnen bei einer engeren Auffassung der Schadenszufügung oft gefehlt hat." (3) Im weiteren Verlauf sprechen die Materialien aber mit Blick auf diese Güter mehrfach von "absoluten Persönlichkeitsrechten"(4).. Erst in der abschließenden Beratung des zweiten Entwurfs wurde die jetzige Gesetzesfassung beantragt. Von der Begründung und Beratung dieses Antrags berichten die Protokolle (5): "Die Änderung sei redaktioneller Natur. Bei der früheren Beratung habe man den lehrhaften Schlußsatz des § 704 Entwurf 1, daß als Verletzung eines Rechts 'im Sinne der vorstehenden Vorschrift' auch die Verletzung eines der einzeln aufgeführten immateriellen Rechtsgüter anzusehen sei, mit Recht gestrichen, da die heutige Wissenschaft ein persönliches Recht im weiteren Sinne annehme. Danach aber finde sich im Entwurf 2 nirgends unmittelbar ausgesprochen, daß die Verletzung dieser Güter sich als Delikt darstelle. Dem Antrag wurde entgegengehalten, daß es nach seiner Fassung fraglich erscheine, ob alle Rechtsgüter gedeckt seien; die Schlußklausel 'oder ein sonstiges Recht' schließe sich an 'Eigentum' an und könne daher enger verstanden werden". Trotz dieses Bedenkens wurde der Antrag gebilligt, und in der Denkschrift werden Leben, Gesundheit usw. als Rechte eines anderen bezeichnet (6). Aus den Materialien ergibt sich also mit ziemlicher Sicherheit, daß der Gesetzgeber ein subjektives

3) vgl. Mugdan II S. 406. 4) vgl. Mugdan II S. 420, 1073.
5) vgl. Mugdan II S. 1078. 6) vgl. Mugdan II S. 1267.

Recht der Person bezüglich ihres Körpers und seiner Unversehrtheit angenommen hat, (7)

Gleichwohl hat schon im Jahre 1900 Rümelin (8) geschrieben, es gehe nicht an zu glauben, "daß der Gesetzgeber Leben, Gesundheit, Freiheit (also auch den Körper?) als subjektive Rechte aufgefaßt und damit den § 823 I BGB auf alle sogenannten Persönlichkeitsgüter bezogen habe". Der Ausdruck "sonstiges Recht" sei speziell mit Eigentum zu verbinden. Nur so bekomme man das richtige Verhältnis von Absatz 1 und 2. Diese Auffassung ist in der Folgezeit sehr viel vertreten worden (9). Wie besonders klar in der zitierten Reichsgerichtsentcheidung aus dem Jahre 1902 zum Ausdruck kommt, war dafür die Erwägung bestimmend, daß der Schutzbereich des § 823 I BGB ausufern und seine Begrenzung unsicher werde, wenn man den Ausdruck "oder ein sonstiges Recht" auch auf diese Lebensgüter beziehen wolle. Dieses Bedenken hat sich erledigt, seitdem unser Grundgesetz in Artikel 2 das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ausdrücklich gewährleistet und darüber hinaus ein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit anerkennt. Es darf daher heute als herrschende Lehre angesehen werden, daß jedem bezüglich der in § 823 I BGB genannten Güter subjektive Rechte zustehen (10).

Dieser Ansicht ist zu folgen. Sie entspricht nicht nur der in § 823 I BGB zum Ausdruck gelangten Vorstellung

(1) Das entspricht auch einer damals verbreiteten Auffassung, vgl. Gierke I S. 709; Windscheid S. 147.

8) vgl. AcP Bd. 90 S. 238 Anm. 69.

9) vgl. Tuhr S. 148; RGZ 51 S. 373; Enn.-Lehmann (1950) § 233; Oertmann, Komm. Vorbem. 2a vor § 823; Johnsen S. 36; Erman § 823 Anm. 2; BGHZ 8 S. 247.

10) vgl. Enn.-Nipperdey § 72 I 3, § 78 I; Palandt Einf. 2 vor § 1, § 90 Anm. 2, Einf. 8 vor § 823; Enn.-Lehmann (1958) § 233 I 1; Larenz NJW 1955 S. 523; Koebel NJW 1955 S. 1337, 1958 S. 936; Siebert NJW 1958 S. 1373; Hubmann S. 104; Schmeißmeier S. 91; Staud.-Coing Vorbem. 27 vor § 1; Soergel-Siebert Anm. 6 zu § 12; BGHZ 13 S. 138, 15 S. 257, 24 S. 210 26 S. 285 u. 350.

des Gesetzgebers, sondern ergibt sich m. E. auch zwingend aus der Natur der Sache. Der Gesetzgeber hat sich für das Gebiet des Zivilrechts seines Befehls, daß niemand einen anderen körperlich verletzen dürfe, zugunsten der Einzelperson entäußert. Es liegt weitgehend bei der Einzelperson, inwieweit sie sich eine leichte Körperverletzung gefallen lassen will oder nicht. Sie kann das objektive Gebot ummünzen in den Ausspruch: "Ich brauche von niemandem irgendeine (vorsätzliche oder auch nur fahrlässige) Körperverletzung hinzunehmen". Nur wenn die betroffene Person sich in dieser Weise den allgemeinen Gesetzesbefehl zu eigen macht, wird er im Gebiet des bürgerlichen Rechts praktisch bedeutungsvoll. Das Zivilrecht ist das Recht von Kläger und Beklagtem, und wo kein Kläger ist, ist kein Richter. Die vom Gesetz verhängte Schadensersatzpflicht bleibt wirkungslos, wenn der Verletzte sie nicht geltend macht. Zudem mußte es seltsam erscheinen, wenn der Mensch kein Recht gegen seine Mitmenschen hätte, körperlich nicht verletzt zu werden und insoweit nur ein geschütztes Rechtsgut vorlage; denn nach einer geschehenen Körperverletzung hat er einen Schadensersatzanspruch. Ein solcher erwächst aber gemeinhin nur aus der Verletzung eines Rechts (11). Sodann kann noch darauf hingewiesen werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem Menschen die Befugnis erteilt, einer drohenden Körperverletzung notfalls mit Gewalt zu begegnen (§ 227), und ihm solchermaßen für den Notwehrfall eine an sich verbotene Handlung gestattet. Auch hier liegt es wieder in der Hand der Einzelperson, ob sie sich der dargebotenen Mittel zur Wahrung der körperlichen Integrität bedienen will oder nicht. Eine solche Notwehrhandlung läßt sich auch schwerlich als Wahrung eines objektiv geschützten Rechtsgutes erklären. Wer Notwehr übt, verteidigt weniger die allgemeine Rechtsordnung als vielmehr sich selbst. Schließlich erweist es sich auch,

11) vgl. Enn.-Nipperdey § 209 I, § 72 I 1.

wenn vom beseelten Körper Teile abgetrennt werden, daß dem Menschen ein Recht bezüglich seines Körpers zustehen muß. Das natürliche Bewußtsein verlangt nämlich, daß eine Person an solchen Teilen, die von ihrem Körper stammen, vor anderen Personen berechtigt sei. Ein solches Recht an abgetrennten Teilen ließe sich aber schwerlich begründen, wenn es ein Recht bezüglich des Körpers nicht gäbe.

Mit den vorstehenden Ausführungen dürfte dargetan sein, daß es unbedenklich ist und unserer bürgerlichen Rechtsordnung entspricht, wenn ich folgende Rechtssätze aufstelle: Jeder Mensch braucht sich von keinem anderen Körperverletzungen gefallen zu lassen; er kann grundsätzlich von jedem erwarten und verlangen, daß er ihn körperlich nicht verletzt. Es fragt sich nur noch, ob diese negative Umschreibung genügt, um deswegen ein subjektives Recht der Einzelperson bezüglich des eigenen Körpers annehmen zu können. Windscheid hat diese Ansicht vertreten (12). Sie folgt für ihn zwingend aus seiner Grundkonzeption der subjektiven absoluten Rechte, (13) die in der Ausschließung anderer Personen den eigentlichen Rechtsgehalt erblickt.

Andererseits haben eine Reihe von Autoren, die sich für ein subjektives absolutes Recht am eigenen Körper ausgesprochen haben, ihre Ansicht in einer Weise begründet, die es nahe legt, daß sie den Inhalt dieses Rechtes anders verstehen. So nennt Savigny (14) als einen der drei Hauptgegenstände der rechtlichen Willensherrschaft die eigene Person. Gareis (15) spricht von einer rechtlichen Herrschaft des Menschen über den Leib, wobei er "eine logische Spaltung des rechtsfähigen Menschen in das berechtigte Subjekt und die dem Ich dienenden körperlichen und geistigen Kräfte" glaubt vornehmen zu müssen. Dem haben sich Koppe und Hegemann angeschlossen

12) vgl. Lenrbuch Bd. 1 § 40 S. 146-147; ebenso Bierling Kritik II S. 175, 181 u. Oertmann AcP 123 S. 140.

13) vgl. ebenda §§ 37 - 38.

14) System Bd. 1 § 53 S. 334.

15) Festgabe S. 73 ff.

(16). Ähnliche Vorstellungen liegen offenbar zugrunde, wenn es bei Nipperdey (17) heißt, die Willensmacht des Menschen erstrecke sich nicht nur auf außer ihm Liegendes, sondern auch auf seine Person selbst, und die Annahme einer Rechtsmacht an der eigenen Person sei daher gewiß nicht begriffswidrig. Die erwähnten Autoren glauben offenbar, das von ihnen anerkannte Recht am eigenen Körper sei zuvörderst wirksam im Verhältnis zwischen Person und Leib; die Rechtsordnung habe jedem Menschen seinen Körper ausschließlich zugewiesen oder zugeordnet und jede Körperverletzung sei deshalb rechtswidrig, weil sie gegen diese rechtliche Zuteilung oder rechtlich sanktionierte Zugehörigkeit verstoße. Gegen solche Vorstellungen hat Thon^{eingewendet} (18), es könne doch nicht erst einer besonderen Erlaubnis der Rechtsordnung zum Gebrauch der körperlichen Kräfte bedürfen: "Genug, wenn er es physisch kann und es ihm rechtlich nicht verboten ist." In der Tat klingt es seltsam, daß das Verhältnis des Menschen zu seinem Körper auch ein rechtliches sein soll. Es ist freilich zuzugeben, daß die andere Deutung, nach der jeder Mensch wegen seiner körperlichen Integrität Ansprüche mit negativ bestimmtem Inhalt gegen rund 2,9 Milliarden Menschen hat, ebenfalls etwas unwahrscheinlich anmutet (19). Dennoch möchte ich diese Auffassung vorziehen. Es ist hier nicht der Ort, die zahllosen philosophischen Theorien und Lehren darzustellen, die zur Deutung des Verhältnisses von Körper und Seele, Geist und Leib, erdacht

16) vgl. Koppe S. 15, 32, 43; Hegemann S. 21.

17) Enn.-Nipp. § 78 I, ähnlich auch Siebert S. 1373.

18) Rechtsnorm S. 291; er leugnet deshalb jedes subjektive Recht am Körper (S. 150 ff.) mit der wenig überzeugend vorgetragenen Begründung, es sei nur ein "rein publizistischer Schutz" gegeben. Ähnlich Oertmann AcP 123 S. 140 sowie Schönfeld S. 220 mit der Begründung, man dürfe Haben nicht mit Sein verwechseln.

19) vgl. Thon S. 159 ff.; Oertmann AcP 123 S. 138. Es ist zu beachten, daß es sich doch nur um ideelle, vom Gesetzgeber gedachte Beziehungen handelt, vgl. auch Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 258.

worden sind. Aber auch ohne ein Eingehen auf diese schwierigen philosophischen Fragen kann hier die Feststellung gewagt werden, daß zwar im Menschen diese zwei Prinzipien unterschieden werden können, daß aber erst beide in ihrer Verschmelzung die Person ausmachen. Ich wehre mich dagegen, den Geist oder die Seele als Inhaber eines Rechts auf den Körper anzuerkennen. Träger von Rechten und Pflichten kann nur die Person als Geist-Leib-Wesen sein. Die Person sollte in der Rechtswissenschaft als vorgegebene Größe respektiert und auch nicht einer gedanklichen Spaltung unterworfen werden. Wie auch immer das Verhältnis von Leib und Seele beschaffen sein mag, es ist kein Rechtsverhältnis.

Mit dieser grundsätzlichen, weltanschaulich gefärbten Stellungnahme ist nun die Gegenmeinung noch nicht abgetan. Die Vorstellung, daß das Recht am eigenen Körper im Verhältnis zwischen Person und Körper - oder konsequenter zwischen Geist und Leib - wirksam sei, resultiert aus einer Anlehnung an die herrschende Lehre über die Natur der subjektiven absoluten Rechte im allgemeinen. Zu ihrer Widerlegung bedarf es daher eines Eingehens auf den Begriff des subjektiven Rechts. Dabei soll gezeigt werden, daß entgegen der herrschenden Lehre die subjektiven absoluten Rechte nicht in erster Linie eine Einwirkungsbefugnis, eine Zuerkennung oder eine Beherrschung des Rechtsgegenstandes darstellen, sondern daß ihr Rechtsgehalt wesentlich in der Ausschließung anderer liegt. Die Erörterung dieses schwierigen Problems ist hier nicht nur notwendig, um die oben gefundene Lösung für den Begriff des Rechts bezüglich des eigenen Körpers abzusichern, sondern mehr noch, um die Grundlagen zu schaffen für die nachfolgende Begutachtung der Rechtslage abgetrennter Körperteile und des Leichnams.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wenn auch nur annähernd alles, was bisher zum Begriff des subjektiven Rechts geschrieben worden ist, berücksichtigt

und verarbeitet werden sollte. Eine Beschränkung auf einige besonders markante Meinungen und Stimmen fällt um so leichter, als die Fülle der Literatur wohl schon längst den Punkt überschritten hat, an dem eine Behandlung aller bisher aufgetauchten Ansichten und Ideen überhaupt noch in lesbarer Form möglich ist.

b) Zum Begriff des subjektiven Rechts.

Rechte sind unsichtbar. Sie lassen sich mit den Sinnen nicht wahrnehmen. Sonst hätte es z.B. der Vermutung des § 1006 BGB nicht bedurft. Das subjektive Recht ist also ein Gedankending, und zwar nach allgemeiner philosophischer Unterscheidungsweise ein moralischer Begriff, der dem Bereich des Sein-Sollenden, nicht des Seienden angehört (20). Sodann setzt der Begriff des subjektiven Rechts eine Mehrzahl von Menschen voraus. Wenn es einmal nur noch einen Menschen gäbe, dann wäre für ihn der Begriff des (irdischen, profanen) Rechts bedeutungslos. Für die eine Gruppe der subjektiven Rechte, die Ansprüche oder relativen Rechte, liegt es im Begriff unmittelbar enthalten, daß zu ihrem Bestehen mindestens zwei Personen erforderlich sind. Auf diese relativen Rechte ist hier nicht näher einzugehen. Es sollen allein die absoluten Rechte behandelt werden, weil das Recht bezüglich des eigenen Körpers offenbar nur in diese Gruppe gehören kann.

Der Ausdruck "absolut" bedeutet für diese Rechte nicht, daß sie generell oder total gegen jeden nur denkbaren Eingriff Schutz gewähren. Er steht nur im Gegensatz zu "relativ". Es darf hier als allgemeine Ansicht zugrunde gelegt werden, daß die absoluten Rechte ihren Namen daher haben, weil sie sich (zumindest letztlich) gegen jedermann richten (21).

Die absoluten Rechte lassen sich in drei Gruppen ein-

20) vgl. Öertmann Iher.Jahrb. 66 S. 136 ff.; Enn.-Nipp. perdey § 71 II 5, S. 276.

21) vgl. Gierke I S. 258; Enn.-Nipp. § 81 S. 306, § 77 I S. 289; Esser S. 3 - 4; Westermann Sachenr. S. 6f.

teilen: 1.) die Rechte an Sachen, nämlich das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte, der Besitz, 2.) Rechte bezüglich der eigenen Person, also bezüglich Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, 3.) Rechte an Ausstrahlungen der Person, nämlich etwa Ehre, Namen, Bild, Urheberrechte.

Im weiteren soll die Kernfrage, ob für das Wesen der absoluten Rechte die unmittelbare Beziehung zum Rechtsgegenstand (das Haben der Sache) oder aber die Ausschließung der anderen in erster Linie maßgebend ist, zunächst nur für das Eigentum untersucht werden. Das empfiehlt sich aus mehreren Gründen: Das Eigentum ist das bekannteste und wichtigste absolute Recht. In allen Abhandlungen über die Natur der absoluten Rechte sind daher die Beispiele durchweg aus dem Bereich des Eigentums entnommen. Nur beim Eigentum an Sachen steht für eine unbefangene Betrachtung die Beziehung zum Rechtsgegenstand im Vordergrund ("Die Sache gehört mir, sie ist mein!"). Für die Rechte etwa bezüglich des eigenen Körpers oder der geistigen oder künstlerischen Schöpfung entspricht der natürlichen Auffassung eher die Konzeption eines Abwehranspruches gegen jedermann (22). Sollte es also gelingen nachzuweisen, daß auch für den juristisch-fachlichen Begriff des Eigentums diese Konzeption vorzuziehen ist, dann wäre damit dargetan, daß alle absoluten Rechte sich in erster Linie auf die Ausschließung anderer richten. Schließlich ist ohnehin für die nachfolgenden Untersuchungen eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Begriff des Eigentums notwendig.

Es ist gelegentlich behauptet worden, das Eigentum sei überhaupt kein Recht, sondern nur "die vorgestellte Quelle künftiger in Einzelansprüchen bestehender (relativer) Rechte". (23) Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie

22) Folgende Autoren verfechten daher auch für die Persönlichkeitsrechte eine vom allgemeinen Begriff der absoluten Rechte abweichende Denkform: Neumann-Duesberg NJW 1957 S. 1341; Schmeiße S. 14, Meyer S. 34; Schreuer S. 247; Gierke I S. 709.

23) vgl. bei Oertmann AcP 123 S. 137ff.; Thon S. 170, 175; auch oben S. 10.

widerspricht dem Gesetz, denn bei der Abgrenzung der Befugnisse heißt es in § 905 BGB: "Das Recht des Eigentümers ... erstreckt sich ..." (24).

Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert entgegen sonstiger Übung das Eigentum in einem besonderen Paragraphen. Es heißt dort (§ 903): "Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen." In den Motiven ist dazu ausgeführt, die positive Seite dieser Feststellung sei von geringerer Wichtigkeit als deren negative (25). Das bezieht sich aber, wie der Zusammenhang erraten läßt, wohl doch nicht auf die Alternative, ob die negative Ausschließung von der Sache oder der positive Genuß der Sache für die Definition bedeutsamer sei. Es sollte anscheinend unterstrichen werden, daß durch die negative Fassung "soweit nicht ... entgegenstehen" die grundsätzliche Unbeschränktheit des Eigentums ausgedrückt werde, so daß jeder, der sich auf eine Beschränkung berufen wolle, sie zu behaupten und zu beweisen habe. So recht befriedigen kann diese Deutung freilich auch nicht.

Im Verlauf der Beratungen des zweiten Entwurfs und der Reichstagsvorlage sind zu dem späteren § 903 noch zwei Abänderungsanträge gestellt worden, die beide abgelehnt wurden. Zu dem ersten Antrag, der allein die Ausschlussbefugnis im Gesetz ausgesprochen wissen wollte, erwog man: das Ausschließungsrecht sei allen absoluten Rechten gemeinsam und daher für das Eigentum nicht kennzeichnend. Die grundsätzliche Unbeschränktheit des positiven Inhalts ergebe sich auch nicht von selbst; das könne man nicht zwingend schließen (26). Zu dem anderen Antrage, nach dem das Eigentum als die höchste rechtliche Herrschaft über die Sache bezeichnet werden

24) vgl. ferner Gierke I § 27 ff.

25) Mugdan III S. 145.

26) vgl. Mugdan III, Protokolle, S. 577.

sollte, wurde bemerkt, damit komme die wichtige Ausschließungsbefugnis nicht zum Ausdruck und zudem sei der Begriff "höchste rechtliche Herrschaft" unklar(27). Aus dem Gesetz läßt sich mithin auch unter Zuhilfenahme seiner Entstehungsgeschichte kaum etwas dafür herleiten, ob das Haben der Sache oder das Fernhaltendürfen der anderen den eigentlichen Rechtsgehalt des Eigentums ausmacht.

Zur Zeit um die Jahrhundertwende war in der Rechtswissenschaft die Ansicht weit verbreitet, das Wesen des Eigentums sei in einem negativ bestimmten Anspruch gegen jedermann zu suchen und die positive Befugnis, die Sache zu benutzen, sei für die juristische Definition des Eigentums nebensächlich. Windscheid hat dazu ausgeführt (28), es sei unsinnig anzunehmen, daß die Rechtsordnung einer Sache Unterwerfung gebiete; Rechtsbeziehungen könnten nur zwischen Personen bestehen.

Das subjektive ungliche Recht enthalte nur Verbote an jeden Nichtberechtigten. Bei Rümelin (29) heißt es: die äußeren Beziehungen der Menschen zu Sachen seien etwas rein der Empirie Angehöriges und dem ordnenden Zugriff des Rechts völlig unzugänglich. Der Eigentümer habe als solcher über eine Sache nicht mehr Gewalt als der Nichteigentümer. Pflüger (30) erklärt, in genauem Gegensatz zu den Forderungsrechten seien die Besitzrechte wesentlich negativ und gegen eine unbestimmte Menge gerichtet. Oertmann (31) meint, der Begriff einer rechtlichen Macht über eine Sache sei vom rechtsphilosophischen Standpunkt aus unmöglich und erweise sich auch als praktisch absurd, wenn man etwa an endgültig abhandengekommene Sachen denke. Das subjektive Recht sei nie Selbstzweck, sondern nur Mittel zum Zweck. Diese Auffassung als negativ bestimmtes

27) vgl. Mugdan III, Kommissionsbericht, S. 997.

28) vgl. Lehrbuch I § 38 S. 140 - 141 u. Ann. 3.

29) vgl. Reden und Aufsätze S. 343

30) vgl. AcP Bd. 79 S. 441.

31) vgl. Iher. Jahrb. Bd. 31 S. 427 ff., 434, 456.

Ausschließungsrecht passe auch für die Autorrechte. Nach Schloßmann (32) bedeutet das Eigentum keine positive, materielle Befugnis, sondern nur eine befriedete Sphäre; aus der Ausschließung anderer folge für den Eigentümer als etwas Sekundäres die alleinige Einwirkungsbefugnis. Bierling (33) führt aus, das Dürfen des Nichteigentümers in Bezug auf eine herrenlose Sache, die vor ihm liegt, sei genau dasselbe wie das eines Eigentümers. Er stellt die These auf: "Das Wesen des dinglichen Rechts ist der Anspruch gegen sämtliche Rechtsgenossen in Bezug auf eine bestimmte Sache; für die sogenannte innere Seite bleibt in der Definition kein Raum."

Auf der anderen Seite haben von jeher zahlreiche Autoren gemeint, die juristische Definition dürfe nicht von der landläufigen Auffassung abweichen. Diese sehe im Eigentum in erster Linie die Befugnis, die Sache zu benutzen und zu verwerten. Die unmittelbare Beziehung der Person zur Sache müsse daher den Kern auch der juristischen Definition des Eigentums bilden. So wird bei Planck (34) das Eigentum umschrieben als das Recht der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache. Dernburg (35) nennt subjektives Recht den Anteil an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet. Hierher gehört auch die Definition Iherings (36): "Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, die rechtliche Sicherheit des Genusses." Für Otto von Gierke (37) ist das Eigentum wesentlich Sachherrschaft. Von dieser Auffassung zeugt auch eine Stelle aus den Motiven (38). In dem der Erläuterung

32) vgl. Iher. Jahrb. Bd. 45 S. 390, 329.

33) vgl. Kritik II S. 53, 181.

34) vgl. Anm. 1 zu § 903.

35) Dernburg, System des röm. Rechts I § 33 S. 65.

36) Geist des röm. Rechts III S. 351.

37) Deutsches Privatrecht II S. 349 u. Anm. 2, I S. 260.

38) vgl. Mugdan III S. ~~3~~1, andererseits jedoch auch Denkschrift daselbst S. 961.

des Sachenrechts vorausgeschickten Kapitel "Allgemeine Gesichtspunkte" heißt es: "Das Sachenrecht hat die Beziehungen der Person zur Sache zu ordnen", und weiter: "Das dingliche Recht ergreift die Sache selbst. Das Wesen der Dinglichkeit liegt in der unmittelbaren Macht der Person über die Sache."

In der neueren Literatur ist diese Auffassung zur herrschenden geworden. So ist bei Enn.-Nipperdey (39) von Beherrschungsrechten die Rede, die die Rechtsmacht gewähren, auf einen Gegenstand unmittelbar einzuwirken. Das Eigentum sei von jeher als unmittelbare absolute Rechtsmacht über die Sache aufgefaßt worden; es sei daher von der Befugnis, die Sache in jeder Beziehung zu beherrschen, auszugehen; daraus ergebe sich die Befugnis, andere auszuschließen. Weiter heißt es an der zuletzt zitierten Stelle: "Dingliche Beherrschungsrechte gewähren zuordnend eine unmittelbare absolute Herrschaft über die Sache. Das Recht der grundsätzlich totalen Herrschaft nennen wir Eigentum." Westermann(40) spricht von der Beziehung eines Rechtssubjekts zum Rechtsobjekt, aus der sich höchstens folgeweise eine Beziehung zu einem anderen Rechtssubjekt entwickeln könne. Er definiert: "Das Eigentum bedeutet die volle Zuordnung der Sache in jeder denkbaren Beziehung." In erster Linie gewähre diese umfassende Zuordnung die volle Sachherrschaft. Nach Wolff-Raiser (41) drückt sich im Eigentum der Wille der Rechtsordnung aus, eine Sache der Person derart zuzuteilen, daß alle anderen diese Zuteilung zu respektieren haben. Das Eigentum wird als umfassendstes Herrschaftsrecht beschrieben, das an einer Sache möglich sei. Daß die Sachherrschaft das primäre, den Rechtsinhalt bestimmende Moment sei, während die Ausschließungsbefugnis nur der Sicherung dieser Befugnis diene, könne unzweifelhaft aus dem

39) vgl. § 73 II u. Anm. 2, § 77 I, § 79 I 1.

40) vgl. Sachenrecht S. 5 - 7, 29, 112.

41) vgl. § 2 I, II 1 mit Anm. 1.

Zweck der Rechtsinstitute abgeleitet werden. Ähnliche Auffassungen kommen bei Staudinger, Blomeyer und Hubmann zum Ausdruck (42).

Allen zuletzt zitierten Autoren ist gemeinsam, daß sie den im Eigentum unbestrittenermaßen auch enthaltenen negativen Abwehranspruch gegen jedermann zurücktreten lassen wollen hinter der positiven Sachherrschaft. Daß diese Handhabung gerechtfertigt sei, hat besonders anschaulich und ausführlich Otto v. Gierke begründet (43). Er stellt folgende für ein subjektives Recht notwendige Bestandteile zusammen: ein Subjekt, das eine Person sein müsse, ein Prädikat, das in ein Machthaben ausmünden müsse, ein Objekt, das zunächst nichts anderes sein könne als beherrschter freier Wille, und einen Beziehungsgegenstand. Diese Elemente können, wie er ausführt, in verschiedener Weise zusammengefügt werden; von dem dabei eingeschlagenen Verfahren hänge die Struktur der Rechte ab. Für das Eigentum stellt er zwei Denkformen einander gegenüber: Herrschaft über jedermann in Bezug auf eine Sache oder Herrschaft über eine Sache gegenüber jedermann. Die erste hält er für systemgerechter und konsequenter, in der zweiten drückt sich seiner Meinung nach eine anschaulichere und lebendigere Betrachtungsweise aus, weshalb denn auch im Rechtsbewußtsein aller Völker der Begriff der absoluten Rechte dergestalt ausgeprägt worden sei, daß die unbestimmte Menge der Verpflichteten in den Hintergrund geschoben und der Beziehungsgegenstand als unmittelbares Objekt des Rechts gefaßt sei. Indem Otto v. Gierke der zweiten Denkform den Vorzug gibt, schreibt er: "Die Rechtswissenschaft hat nicht die Aufgabe, einer einheitlichen logischen Schablone zuliebe die lebensvollen Gedankengebilde, die das Gemeinbewußtsein in der Arbeit von Jahrtausenden gestaltet hat, zu zersetzen. Sie hat ihre Begriffe aus dem Vorstellungsin-

42) vgl. Staud.-Seufert, 11. Aufl. Vorbem. 5 + 1 vor § 903; Blomeyer S. 107; Hubmann, Persr. S. 113, 119.

43) vgl. Deutsches Privatrecht I § 29 I mit Anm. 7, S. 259.

halt des geschichtlich gewordenen Rechtsbewußtseins zu schöpfen und die in ihm eingelebten Denkformen als ein Stück der geistigen Wirklichkeit zu achten."

Um zu diesem Meinungsstreit Stellung nehmen zu können, ist es zweckmäßig, eine terminologische Untersuchung voraufzuschicken. Wie bei fast allen heftig umstrittenen Fragen dürften hier etliche Schwierigkeiten auf ungenaue Verwendung sprachlicher Begriffe zurückgehen. Es ist insbesondere das Wort "Herrschaft", das zur Definition der absoluten Rechte immer wieder verwendet wird, meistens in zusammengesetzten Ausdrücken wie: umfassendes Herrschaftsrecht, absolute Sachherrschaft, ausschließliche Rechtsherrschaft und alleinige Herrschaftsmacht (44). Am häufigsten ist vom Beherrschen einer Sache die Rede, doch trifft man mitunter, vor allem in der älteren Literatur, auch die Darstellung an, daß andere Personen oder fremder Wille kraft eines subjektiven Rechts beherrscht werden. Der Begriff Herrschaft hat dadurch etwas Schillerndes, und der Bezug auf fremde Personen schwingt auch da mit, wo unmittelbar das Herrschen auf eine Sache bezogen ist. Es soll im folgenden versucht werden, den natürlichen sprachlichen Bedeutungsgehalt des Wortes Herrschaft im Vergleich mit dem Begriff Macht zu klären.

Mächtig ist einer, der in der Lage ist, geistige oder körperliche Kräfte zu entfalten, Mittel aufzubieten oder Hilfspersonen einzusetzen. Sprachlich hängt der Ausdruck mit "vermögen" zusammen, was soviel wie "können" bedeutet. Von "Macht" spricht man nur mit Blick auf ein "mögliches" Ergebnis oder im Vergleich mit der Macht eines anderen. Macht ist also etwas Vorgestelltes, Potentielles, noch nicht Wirklichkeit Gewordenes (45). Eine Richtung auf eine entgegenstehende Person ist in dem Begriff Macht als solchem nicht enthalten. Wenn aber von einer Macht in Bezug auf eine bestimmte andere Person die Rede ist, so bezeichnet das eine gedachte

44) für den letzten, m.E. haßlichsten Ausdruck vgl. BGHZ 15 S. 259.

45) anders Oertmann Iher.Jahrb. 31 S. 430 ohne Begründung.

Beziehung, ein Zwingenkönnen.

Der Ausdruck Herrschaft beschreibt nach seinem ursprünglichen Sinngehalt ein Verhältnis unter Menschen, wie das in ihm enthaltene Wortelement Herr erkennen läßt. Dem Herrn in diesem Sinne steht gegenüber der Knecht, der Leibeigene, der Untergebene. Man kann nur dann zwei Menschen Herr und Knecht nennen, wenn sie in einer tatsächlichen Beziehung zueinander stehen. Diese Ausdrücke lassen sich nicht schon mit Blick auf eine vorgestellte künftige Entwicklung im voraus gebrauchen. Es bedarf vielmehr eines realen Über- und Unterordnungsverhältnisses, das dem Herrn und dem Knecht be^vußt ist und auch nach außen erkennbar hervortritt. Die Wortbildung Herrschaft kann daher von Haus aus und bei ganz sauberem Sprachgebrauch auch nur zur Bezeichnung eines realen Überordnungsverhältnisses dienen.

Daß diese Unterscheidung zwischen Macht als gedachter und Herrschaft als realer Beziehung dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht, läßt sich leicht an Beispielen dartun: Die Macht eines Staates nach außen mag sich auf ganz reale Dinge stützen wie Höhe der Stahlproduktion, Intelligenz und innerer Zusammenhalt der Staatsbürger, schlagkräftiges Heer und gute Waffen. Sie bleibt dennoch etwas Vorgestelltes. Hat sie sich in einer bestimmten Richtung nach außen konkretisiert, so heißt sie Einfluß, schließlich Herrschaft.

Das Wort Macht wird allgemein zur Beschreibung der subjektiven Rechte gebraucht. Auch Ihering (46) lehnt den Machtbegriff nicht deshalb ab, weil er unrichtig sei, sondern nur, weil er ihn für unzulänglich hält, um die subjektiven Rechte damit eindeutig zu definieren. Es liegt auch auf der Hand, daß dieser Begriff sicher nicht falsch sein kann. Jedes subjektive Recht beinhaltet ein Können und damit eine Macht. Jeder Berechtigte kann kraft seines Rechtes etwas verlangen, verteidigen oder gestalten und dabei die Macht des Staates auf seine Seite ziehen.

46) vgl. Geist des röm. Rechts III S. 328 ff.

Nicht so einfach liegen die Dinge bei dem Wort Herrschaft. Ich halte es für sprachlich nicht ganz richtig, auf die relativen Rechte oder Ansprüche allgemein diesen Ausdruck anzuwenden. Ansprüche können entstehen, ohne daß irgendein Mensch davon weiß. Dann ist (mindestens anfangs) kein reales Über- und Unterordnungsverhältnis vorhanden. Später entwickelt sich meistens ein solches reales Verhältnis. Das sei an einem Beispiel dargestellt:

B habe dem A einen Schaden von 100 DM zugefügt. B sei verpflichtet, für diesen Schaden aufzukommen. A hat dann eine Macht über B, kraft der er von B die Zahlung von 100 DM verlangen und notfalls staatliche Hilfe in Anspruch nehmen kann. Wenn B die Rechtsmacht des A anerkennt, unterwirft er sich einer gewissen Herrschaft des A. Diese Herrschaft tritt nach außen in die Erscheinung in der Haltung von A und B zueinander und darin, daß B freiwillig 100 DM an A bezahlt. Wenn B andererseits von dem Recht des A nichts weiß oder es bestreitet, hat A zunächst noch keine Herrschaft über B. Es besteht zwischen ihnen nur die gedachte Beziehung des subjektiven Rechts. Um seine hierin liegende Rechtsmacht in eine Herrschaft umzusetzen, kann A dem B Vorhaltungen machen und ihn zu belehren suchen. Läßt B sich nicht umstimmen, kann ihn der A verklagen. Wenn A dann ein rechtskräftiges Urteil gegen B erstritten hat, so ist damit seine Herrschaft begründet. B muß nun zahlen, oder A treibt das Geld zwangsweise bei. Bemerkenswert ist, daß B immer dann zahlen muß, wenn sich das subjektive Recht des A gegen ihn bereits in eine Herrschaft umgesetzt hat. Falls B das Recht des A anerkennt und sich damit freiwillig der Herrschaft unterwirft, so besteht für ihn ein logischer Zwang zu zahlen, ist B verurteilt worden, so unterliegt er einem praktischen Zwang. Der Macht entspricht die Pflicht, der Herrschaft das Anerkennen und Folgeleisten.

Das Wort Herrschaft sollte also für die aus einem Anspruch erfließende Beziehung zwischen Personen erst dann verwendet werden, wenn sich diese Beziehung soweit verdichtet hat, daß sich Gläubiger und Schuldner bewußt als solche gegenüberstehen. Dabei könnte man gegen die Anwendung des Ausdruckes Herrschaft auf ein solches Verhältnis noch einwenden, dieser aus der Feudalzeit stammende Ausdruck sei wenig angebracht zur Bezeichnung einer Beziehung zwischen Personen, die auf einer vielleicht nur geringfügigen Schuldverpflichtung beruhe. Diesem Einwand könnte man entgegenhalten, daß eine gewisse Beschränkung auch zum natürlichen Herrschaftsbegriff gehört. Fehlt jede Einschränkung, so spricht man von Despotie und Willkürherrschaft. Das wären Formen der unechten Herrschaft, die echte Herrschaft gründet sich wesentlich auf Anerkennung und freiwilliges Folgeleisten.

Der Gedanke der Herrschaft über andere Personen, der also für gewisse Entwicklungsformen eines relativen Rechts paßt, scheint mir dagegen gänzlich fehl am Platze zu sein für die absoluten Rechte. Diese Rechte beinhalten auch Forderungen gegen andere Personen, nämlich beim Eigentum den Anspruch gegen jedermann, die Sache nicht anzutasten; dieser Abwehranspruch macht nach der einen der hier behandelten Meinungen das Wesen des Eigentums aus, während er sich nach der anderen nur folgeweise aus der "Sachherrschaft" ergibt (47). Dieser mithin allseits anerkannte Abwehranspruch läßt sich m.E. überhaupt nicht unmittelbar in eine Herrschaft über andere Personen umsetzen, und zwar wegen seines negativen Gehaltes. Wenn jemand einem anderen nichts weiter schuldet, als Eigentumsverletzungen zu unterlassen, dann mag diese Verpflichtung auch anerkannt und allen Beteiligten bewußt sein, von einer realen Herrschaft des einen über den anderen

47) vgl. Hubmann S. 113, 245; Ihering nennt das die "Reflexwirkung" vgl. Iher.Jahrb. Bd. 10 S. 245—248.

kann doch nicht gesprochen werden. Der "Untergebene" schuldet seinem "Herrn" nur etwas Negatives, fast Selbstverständliches, also im natürlichen Sinne (anders § 241 S. 2 BGB) nichts.

Ich bin hier davon ausgegangen, daß der Abwehranspruch des Eigentümers einen rein negativen Inhalt hat. Demgegenüber will Darmstädter (48) das Eigentumsrecht so umschreiben, der Eigentümer könne von jedermann verlangen, daß sein Eigentum geachtet wird. Diese Formulierung ist geeignet, den Anschein zu erwecken, als habe das Recht des Eigentümers gegen alle anderen doch einen gewissen positiven Gehalt. Daß das nicht der Fall ist, möchte ich anhand eines Beispiels nachweisen:

Wenn der X die Sache S, die dem Eigentümer E gehört, nicht kennt oder zwar gesehen, aber nicht beachtet hat, so kann von einer Achtung des Eigentumsrechts des E seitens des X nicht die Rede sein. E kann aber von X nichts weiter verlangen, denn er ist in seinem Eigentum nicht beeinträchtigt. Selbst wenn der X die Eigentumsverhältnisse an der Sache S wohl kennt, aber nicht billigt und dem E sogar erklärt, er halte es für nicht in Ordnung, daß die Sache S ihm, dem E, gehöre, hat E ohne weiteres keinen Anspruch darauf, daß X seine Haltung ändere. E kann nur verlangen, daß X sich jeder Handlung enthält, die das Eigentumsrecht des E verletzen würde. Um die innere Haltung des X zum Eigentum des E kümmert sich die Zivilrechtsordnung nicht.

Wenn der Eigentümer somit nicht von jedermann eine bestimmte positive Einstellung verlangen kann, dann bleibt es dabei, daß er nur Anspruch auf ein Unterlassen, auf etwas Negatives oder Vorgestelltes hat. Eine gedachte Beziehung, eine Macht, mit einem gedachten, negativen Inhalt ist auch ohne weiteres denkbar, nicht jedoch eine reale Beziehung, eine Herrschaft, mit einem gedachten Inhalt.

48) vgl. AcP 151 S. 338; ähnlich Hubmann S. 110; vgl. auch Neumann-Duesberg NJW 1957 S. 1341.

Nun wird der Ausdruck Herrschaft bei der Beschreibung der absoluten Rechte meistens gar nicht unmittelbar zur Bezeichnung des Verhältnisses zwischen dem Berechtigten und den übrigen Personen verwendet, sondern zur Bezeichnung des Verhältnisses der Person zum Beziehungsgegenstand des Rechts, zur Sache. Vom Sprachgebrauch her ist dagegen kaum etwas zu sagen. Das Wort Herrschaft wird heute überwiegend im übertragenen Sinne gebraucht und kaum noch auf ein Verhältnis zwischen Personen angewendet. Man spricht davon, daß jemand ein Sachgebiet, Kräfte, eine Maschine oder überhaupt einen Gegenstand beherrscht.

Wenn das Eigentum mit "Herrschaft über eine Sache" gleichgesetzt wird, so besagt das, daß man eine Sache benutzen und verbrauchen kann, wenn man Eigentum an ihr hat, und umgekehrt, daß man Eigentum an einer Sache hat, wenn man sie benutzen und verbrauchen kann. Diese beiden **Folgerungen** mußten grundsätzlich zutreffen, wenn die Definition richtig sein soll. Der Umkehrsatz ist aber sicher nicht richtig, denn wie oben schon bemerkt, hat eine Person bei einer herrenlosen Sache, die vor ihr liegt, dieselbe Einwirkungsbefugnis wie ein Eigentümer bei der ihm gehörenden Sache. Auch die primäre These erscheint angreifbar. Das Benutzen- und Verbrauchenkönnen setzt außer dem Eigentum auch noch voraus, daß sich die Sache im räumlichen Einwirkungsbereich, im Besitz der Person befindet. An endgültig abhandengekommenen Sachen müßte auch das Eigentum verloren gegangen sein. Mit der Definition "Herrschaft über eine Sache" wird allenfalls der Besitz (§ 854 I BGB), nicht aber das Eigentumsrecht richtig wiedergegeben. Es bessert sich auch nichts, wenn man das Wörtchen "rechtlich" beifügt und von einer rechtlichen Herrschaft oder von einer Rechtsherrschaft über die Sache spricht. Zudem ist die Herrschaft¹ über eine Sache etwas Tatsächliches, und es ist nicht einzusehen, wieso sie gleichzeitig etwas Rechtliches sein

sollte. Rechtsverhältnisse können nur zwischen Personen bestehen. Eine Sache kann nicht Träger von Rechten und Pflichten sein (49).

Wenn man das Eigentum schlicht als eine Rechtsbeziehung zwischen Person und Sache auffaßt, dann macht man sich, wie Gierke (50) überzeugend nachgewiesen hat, einer Vertauschung von Objekt und Beziehungsgegenstand schuldig. Die Gründe, aus denen Gierke dennoch dieser Denkform den Vorzug geben wollte, können nicht überzeugen. Was besagt es denn schon, wenn im Rechtsbewußtsein aller Völker das Eigentum als Beziehung zur Sache aufgefaßt ist? Der deutsche Sprachgebrauch unterscheidet ja nicht einmal scharf zwischen Besitz und Eigentum. Es ist nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft, unklare und widersprüchliche Vorstellungen zu konservieren. Sie hat vielmehr durch genaue Unterscheidungen und systematische Einordnung eine klarere Erkenntnis der einzelnen Rechtsinstitute anzustreben. Es wird wohl niemand bestreiten, daß der praktische Wert eines Eigentumsrechts in dem von ihm gewährten positiven Sachgenuß liegt. Damit ist aber doch noch nicht bewiesen, daß dieser positive tatsächliche Sachgenuß auch das wesentliche Element für eine theoretisch-juristische Definition des Eigentumsrechts bilden müsse. Es ist auch eine jahrtausendelang eingelebte und fest verwurzelte Vorstellung gewesen, daß die Sonne sich um die Erde drehe. Die Wissenschaft der Astronomie hat es sich aber dadurch nicht verwehren lassen, die gegenteilige Auffassung anzunehmen. Andererseits wird durch diese wissenschaftliche Lehre niemand daran gehindert, weiterhin davon zu sprechen, daß die Sonne aufgehe oder im Meer versinke.

Wenn lediglich beschreibend gesagt wird, das Eigentum gewähre den grundsätzlich uneingeschränkten Sachgenuß, so entspricht das ^{dem} VGesetz (§ 903 BGB), und es ist nichts

49) vgl. Westermann, Person u. Persönl. S. 7 - 8.

50) vgl. oben S. 20; ferner Schmeißmeier S. 13.

dagegen einzuwenden, auch wenn weiter behauptet wird, das sei die entscheidend wichtige Folge des Eigentumsrechts. Es ist jedoch falsch zu sagen: "Das Eigentum ist der grundsätzlich uneingeschränkte Sachgenuß" (oder Sachherrschaft, Rechtsmacht über die Sache), denn damit würde etwas Tatsächliches, Konkretes an die Stelle des unsichtbaren, (vom Gesetzgeber) gedachten subjektiven Rechts gesetzt.

Die Vorstellung, daß das Haben der Sache und nicht die Ausschließung anderer für die Definition des Eigentums im Vordergrund stehen müsse, läßt sich dagegen in logisch unangreifbarer Form durchführen mit dem Gedanken der Zuteilung oder Zuordnung. Diese Worte erscheinen mehrfach in der eingangs gebrachten Literaturübersicht (51). Die Auseinandersetzung mit der Auffassung, daß unsere Zivilrechtsordnung eine Güterverteilung bewirke, wird den Kernpunkt dieses Kapitels bilden.

Die vielfältigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere die des Erb- und Sachenrechts, lassen sich sehr wohl unter dem Gesichtspunkt sehen, daß der Gesetzgeber mit ihnen eine bestimmte Verteilung der vorhandenen Güter verwirkliche. Alle Rechtspositionen des einzelnen finden ihre Grundlage im Gesetz, und von diesen Rechtspositionen hängt sein Anteil an den Gütern ab. Das Eigentum der Einzelperson erscheint dann als diejenige Rechtsinstitution, in der sich die Verteilung des Gesetzgebers in der Hauptsache niederschlägt.

Wenn der Gesetzgeber aus der Masse der vorhandenen Güter einer Person eine bestimmte Sache zuteilt, so bedeutet das zweierlei: 1.) Die Person darf mit dieser Sache nach Belieben verfahren. Ihre Befugnis, die Sache zu benutzen und zu verwerten, steht außer Zweifel, denn

^{oben S. 11-12 u.}
51) vgl. v. Ihering Savigny Bd. 1 S. 333; Schloßmann Iher. Jahrb. 45 S. 349 ff.; Sohm Iher. Jahrb. 73 S. 282.

dazu ist ihr die Sache vom Gesetzgeber überlassen worden. Diese positive Befugnis ist das Primäre an diesem "Eigen-tum". 2.) Die der einen Person zugeteilte Sache wird den anderen entzogen. Die anderen Menschen bekommen dafür vielleicht andere Sachen, aber eben nicht diese eine. Wenn jemand einem anderen die diesem zugeteilte Sache wegnimmt, so lehnt er sich gegen die Verteilung des Gesetzgebers auf, er handelt rechtswidrig. Der einzelne befindet sich also in voller Übereinstimmung mit der verteilenden Rechtsordnung, wenn er das ihm Zugeteilte für sich allein in Anspruch nimmt und die übrigen davon fernhält. Dieser Abwehranspruch gegen jedermann erscheint hier als etwas Sekundäres, als notwendige Konsequenz einer Verteilung.

Genau umgekehrt liegt die Rangfolge der Befugnisse, wenn man mit Schloßmann (52) davon ausgeht, die Ausschließungsbefugnis bilde den primären oder eigentlichen Gehalt des Eigentumsrechts. Wenn eine Person von einer bestimmten Sache alle anderen Menschen fernhalten oder ausschließen darf, so bedeutet das, daß diese Sache der berechtigten Person allein vorbehalten bleiben soll, ihr zugeordnet ist. Als etwas Sekundäres folgt also aus dem gegen jedermann gerichteten Ausschließungsrecht die Befugnis des Berechtigten, mit der Sache nach Belieben zu verfahren.

Der Unterschied der beiden Auffassungen betrifft also lediglich den Rang der Befugnisse; es geht eigentlich nur darum, welche der beiden in § 903 BGB genannten Befugnisse die primäre ist. Es gilt also festzustellen, ob der Gesetzgeber bei der Schaffung oder Bestätigung der Rechtsinstitution des Eigentums in erster Linie eine Verteilung und Zuteilung der Güter im Auge hatte oder ob er hauptsächlich dem einzelnen Abwehrrechte gegen alle anderen an die Hand geben wollte.

Man muß sich dazu eine Gemeinschaft vorstellen, in der

52) vgl. Iher.Jahrb. Bd. 45 S. 329; ähnlich die weiteren oben S. 17 - 18 angeführten Autoren.

es kein Privateigentum gibt. Man wird annehmen dürfen, daß es in einer solchen Gemeinschaft wegen der Benützung der herrenlosen Sachen zu ständigen Streitigkeiten kommt. Ein Gesetzgeber, der hier ordnend eingreifen will, müßte etwa folgende Erwägungen anstellen: "Der jetzige Zustand ist in zweierlei Hinsicht unbefriedigend. Es muß aufhören, daß sich die Menschen fortwährend gegenseitig die Sachen wegnehmen und streitig machen. Zudem haben einige Menschen, nämlich besonders die Starken, die Klugen und die Rücksichtslosen, unverhältnismäßig viele und schöne Sachen in Besitz genommen, während andere Menschen zu kurz kommen und teilweise Not leiden. Dem ersten Übelstand könnte ich wohl mit dem einfachen Gebot abhelfen, daß niemand dem anderen eine Sache beschädigen oder wegnehmen darf. Damit würde ich aber jedem seinen derzeitigen Besitzstand garantieren und die wenig gerechte Verteilung der Güter, die sich bis jetzt herausgebildet hat, sanktionieren. Wenn ich auch diesen zweiten Übelstand beseitigen will, dann muß ich die Verteilung der Güter selbst in die Hand nehmen. Wenn ich die vorhandenen Güter aufteile und jedem seinen gerechten Anteil gebe, so habe ich damit zugleich Ordnung geschaffen; denn es versteht sich, daß jeder die Verteilung des Gesetzgebers respektieren muß und dem anderen seinen Anteil nicht entreißen darf.

Diese zweite Lösung gefällt mir auf den ersten Blick sehr. Ich befürchte aber, daß ich sie mir nicht zumuten kann. Als Gesetzgeber müßte ich, wenn ich schon einmal die Verteilung auf mich nehme, gerecht verteilen. Das wird ungeheuer schwierig sein. Die vorhandenen Güter sind sehr unterschiedlich. Es wird mir schwerlich gelingen, einen allgemeingültigen und jedem einzelnen zumutbaren Maßstab zu finden, um den Wert der Güter zu bestimmen. Zudem habe ich Bedenken, ob ich gerecht verfahren würde, wenn ich jeden genau gleichmäßig mit der Zuteilung von Gütern bedenke, ohne Ansehen von

Alter, Gesundheit und Verdienst. Schließlich, wenn es mir auch trotz dieser gewaltigen Schwierigkeiten gelingen sollte, eine annähernd gerechte Verteilung der Güter durchzuführen, so wäre ich damit noch längst nicht am Ziel. Als Gesetzgeber habe ich eine Ordnung zu schaffen, die nicht nur für einen Zeitpunkt gültig ist, sondern sich auf Dauer bewährt. Wenn ich aber eine einmal geschaffene gerechte Güterverteilung auf lange Zeit gewährleisten wollte, dann müßte ich Handel und Wandel völlig unterbinden oder ständig erneut umverteilen. Bei den verschiedenen Anlagen und Befähigungen der Menschen würde eine gegebene Verteilungsordnung sonst nicht lange bestehen bleiben. In jedem Falle müßte ich der menschlichen Natur schärfsten Zwang antun. In letzter Konsequenz würde ich alles Leben ersticken, um die Gerechtigkeit zu wahren.

Eine gerechte Verteilung ist mir also nicht möglich. Da ich aber als Gesetzgeber gerecht verteilen müßte, muß ich mich also einer groß angelegten Umverteilung überhaupt enthalten. Ich muß mich auf das zunächst erwogene Gebot beschränken, daß niemand den Besitzstand des anderen antasten darf. Daß ich damit inzidenter eine in vielfältiger Beziehung nicht gerechte Verteilungslage bestatige, muß ich in Kauf nehmen, um möglichst rasch und einfach überhaupt eine Ordnung einzuführen. Zu gewissen Korrekturen dieser (natürlichen) Güterverteilung stehen mir schließlich die Nebenwege der Steuer- und Sozialgesetzgebung offen."

Mit diesem Selbstgespräch eines Gesetzgebers glaube ich dargetan zu haben, daß nur die Auffassung, nach der das gegen jedermann gerichtete Ausschließungsrecht den wesentlichen Gehalt des Eigentums ausmacht, der freiheitlichen Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland entspricht. Die Lehre, die für das Wesen des Eigentums vom Begriff der Zuordnung ausgeht, übersieht, daß der Gesetzgeber, wenn er bei der Gewährung des Eigentums zuvörderst eine positive Zuteilung von Gütern

im Auge gehabt hätte, gerecht hätte verteilen müssen. Für unsere Zivilrechtsordnung ist aber das Eigentum dessen, dem Güter im Werte von Milliarden gehören, grundsätzlich genau so schutzwürdig wie die Kleider am Leibe dessen, der sonst ~~weiter~~ nichts besitzt. (53)

Der heute so sehr betonte Gedanke der sozialen Bindung des Eigentums und die Eigentumsbeschränkungen lassen sich m. E. auch besser mit dem Ausschließungsbegriff als mit dem Zuordnungsbegriff vereinbaren. Wenn man im Privateigentum den ausdrücklich vom Gesetzgeber der Einzelperson zugesprochenen und zugewiesenen Anteil an den vorhandenen Gütern erblickt, kommt man nicht umhin anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit diesen Beschränkungen und Bindungen seine ursprüngliche Zuteilung teilweise widerruft. Sehr viel einfacher liegen die Dinge, wenn man die tatsächlich geschehene Zuteilung oder Zuordnung nur als eine vom Gesetzgeber nicht unmittelbar gewollte Folge eines allgemeinen Friedensgebotes sieht. Beispielsweise das Verbot, Tiere unnötig zu quälen (§ 1 Tierschutzgesetz v. 24. XI. 1933, Sartorius Nr. 23), das sich ohnehin an Eigentümer wie an Nichteigentümer wendet, tastet dann den eigentlichen Rechtsgehalt des Eigentums gar nicht an. Es bedeutet eben für den einzelnen Eigentümer einen beträchtlichen Unterschied, ob er von seiner Sache sagen kann: "Das ist mir vom Gesetzgeber ausdrücklich und positiv zugewiesen und zu meinem alleinigen Nutzen zugeteilt", oder lediglich: "Das darf mir nach dem allgemeinen Friedensgebot keine Einzelperson entreißen".

Für die hier vertretene Auffassung, nach der das Eigentum wesentlich ein gegen jedermann gerichtetes Ausschließungsrecht ist, spricht schließlich auch, daß für die sonstigen absoluten Rechte nur dieser

-
- 53) Wenn der Begriff der Zuordnung auf den eigentlichen Rechtsgehalt des Eigentums nicht zufrifft, so schließt das nicht aus, daß er gleichwohl für eine systematische Behandlung des Sachenrechts, insbesondere für die Einordnung und das Verständnis der beschränkten dinglichen Rechte unentbehrlich ist.

und nicht der Zuteilungsbegriff zutreffen kann. Es geht nicht an zu sagen, das Leben, der Körper, der gute Ruf als Künstler, Wissenschaftler, Handwerker oder Kaufmann oder die Ehre seien dem Menschen von Rechts wegen zugeordnet. Sie werden ihm nur von Rechts wegen geschützt. Wenn man nun das Eigentum so umschreibt: Der Mensch braucht sich seine Sache von keinem anderen antasten zu lassen, so kann man in ganz ähnlicher Form definieren: Der Mensch braucht sich das Leben, den Körper, den guten Ruf, die Ehre usw. von keinem anderen antasten zu lassen. Es bedarf dann also keiner besonderen, abweichenden Denkform für die Struktur der Persönlichkeitsrechte. Man gelangt zu einer einheitlichen Formel für alle subjektiven absoluten Rechte und die Unterscheidung zwischen den absoluten Rechten als negativ bestimmten Abwehrrechten gegen jedermann und den relativen Rechten als positiven Forderungsrechten gegen bestimmte Personen geht glatt auf.

Die im vorigen Kapitel gefundene negative Umschreibung eines Rechts auf körperliche Unversehrtheit genügt also, um ein subjektives absolutes Recht am eigenen Körper oder richtiger bezüglich des eigenen Körpers annehmen zu können. Einer künstlichen "logischen Spaltung des rechtsfähigen Menschen" bedarf es dazu nicht.

c) Zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

In Rechtssprechung und Lehre wird heute überwiegend ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannt als sonstiges Recht im Sinne von § 823 I BGB und damit als subjektives absolutes Recht (54). In der in NJW 1959

54) vgl. BGHZ Bd. 13 S. 138, Bd. 15 S. 257, Bd. 24 S. 200, Bd. 26 S. 284 u. 349, in NJW 1959 S. 1269; KG-NJW 1956 S. 26; Enn.-Nipp. § 78 I 2; Hubmann S. 104; in NJW 1955 Krüger S. 201, v. Gamm S. 1826; in NJW 1958 Koebel S. 936, Siebert S. 1369; Staud.-Coing Vorbem. 19 - 25 vor § 1; Coing JZ 1947 Sp. 641 ff. Eine umfangreiche Übersicht nach dem neuesten Stand findet sich bei Soergel-Siebert Anm. 26-31 zu § 12.

S. 1270 veröffentlichten Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist ausgeführt, dieses allgemeine Persönlichkeitsrecht gelte nur subsidiär hinter den gesetzlichen Einzelbestimmungen. Vielfach findet man aber auch die Auffassung vor, diesen Sonderbestimmungen dürfe man keine selbständigen einzelnen Persönlichkeitsrechte entnehmen, sie seien nur Ausflüsse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das kommt besonders deutlich zum Ausdruck, wenn es bei Schmeißmeier (55) heißt, es gebe nur noch das einheitliche Gesamtrecht, in dem die Einzelrechte aufgegangen seien, denn die Persönlichkeit bilde eine Einheit, oder wenn Hubmann (56) sagt, die einzelnen Schutznormen seien nur Beispiele für den umfassenden Persönlichkeitsschutz. Auf diese Ansicht muß hier eingegangen werden, denn wenn sie richtig wäre, dürfte man wohl nicht mehr von einem subjektiven Recht bezüglich des eigenen Körpers sprechen.

Otto v. Gierke (57) bezeichnete als allgemeines Recht der Persönlichkeit den "von der Rechtsordnung gewährleisteten allgemeinen Anspruch, als Person zu gelten," und unterschied davon die Persönlichkeitsrechte, "die ihrem Subjekt die Herrschaft über einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre gewährleisten". Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das "alle anderen Rechte fundamentierte und in sie hineinreicht," stand für ihn also gleich mit der Rechts- und Handlungsfähigkeit des Menschen. In diesem Sinne aufgefaßt könnte es schwerlich als subjektives absolutes Recht gelten. Abwehrrechte sind insoweit nämlich überflüssig. Weder die juristische Handlungsfähigkeit noch erst recht die Rechtsfähigkeit können von anderen Menschen verletzt werden. Nur der praktische Gebrauch, den der Mensch von diesen Fähigkeiten macht oder machen könnte, kann beeinträchtigt werden. Dann handelt es sich aber um An-

55) vgl. S. 102.

56) vgl. Das Persönlichkeitsrecht S. 126.

57) vgl. Deutsches Privatrecht I S. 703, 265, 702.

griffe gegen die freie Willensbestimmung. Würden diese Fähigkeiten einem Menschen abgestritten, was praktisch kaum jemals geschieht, so läge darin höchstens eine Ehrverletzung. Es wäre also müßig, einen Rechtssatz des Inhalts aufzustellen, der Mensch brauche sich seine Rechts- und Handlungsfähigkeit von keinem anderen antasten zu lassen.

Gegenstand eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts könnte nur der Inbegriff aller typischen Persönlichkeitswerte sein, für die die Rechtsordnung dem Menschen einen Schutz vor ungerechtfertigten Eingriffen anderer zu gewährleisten hat. In diesem Sinne faßt dann auch die herrschende Lehre den Begriff des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf, wobei sie auch die in Artikel 2 des Grundgesetzes garantierte freie Entfaltung der Persönlichkeit in den Schutzbereich dieses Rechts einbezieht.

Dagegen haben sich eine Reihe warnender Stimmen erhoben, die es für bedenklich halten, für den gesamten Bereich der Persönlichkeit den totalen Schutz anzunehmen, den subjektive absolute Rechte grundsätzlich gewähren (58). Es wird geltend gemacht, die Individualsphäre der Bürger zueinander lasse sich gar nicht genügend eindeutig und faßbar abgrenzen. Der BGB-Gesetzgeber habe daher aus gutem Grund den Schutz der nicht konkret greifbaren Ausstrahlungen der Persönlichkeit in § 826 von einer jeweils im Einzelfall vorzunehmenden Wertung abhängig gemacht. Insbesondere gehe es nicht an, dem einzelnen für die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit ein absolutes, von allen anderen im vorhinein zu respektierendes privates Recht zuzuerkennen.

Diese gegen die Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts sprechenden Gründe scheinen mir unüberwindlich zu sein. Es erübrigt sich aber, hier zu dem großen Meinungsstreit um das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingehend Stellung zu nehmen. Ich glaube nachweisen zu

58) vgl. Larenz NJW 1955 S. 521, 1958 S. 830; Westermann, Person und .. S. 17 Anm. 29; Koebel NJW 1955 S. 1338; Neumann-Duesberg NJW 1957 S. 1341; Reinhardt S. 6, 19; v. Tuhr S. 152.

können, daß man auch dann ein selbständiges subjektives Recht bezüglich des eigenen Körpers wird anerkennen müssen, wenn man vom Bestehen eines allgemeinen Rechts der Persönlichkeit ausgeht.

In den zahlreichen Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof das allgemeine Persönlichkeitsrecht anerkannt hat, ging es nicht ein einziges Mal um eines der in § 823 I BGB ausdrücklich genannten Rechte. Es handelte sich vielmehr um folgende Fälle: Veröffentlichung von Briefen und Tagebüchern, Verwertung einer heimlich gemachten Tonbandaufnahme, Weitergabe geheimer Unterlagen durch eine Versicherungsgesellschaft, Aufforderung zum Boykott wegen angeblicher Herzenskälte eines Geschäftsinhabers, unbefugte Erwähnung einer Person in Text oder Bild einer Werbeanzeige. In keinem Fall lag also eine konkrete und unmittelbare Verletzung einer Person vor. Dagegen ist allen Fällen gemeinsam, daß der rechtswidrige Angriff gerichtet war auf die Meinung der Umwelt von der Person oder, um es plastischer auszudrücken, auf die Widerspiegelung der Persönlichkeit in den Köpfen der anderen Menschen. Wenn irgendwo ein Bild, ein Schriftstück, ein Tonband oder sonst ein Dokument vorhanden ist, das geeignet wäre, das Ansehen oder gewisse Interessen einer Person zu beeinträchtigen, dann ist es nicht die Existenz dieser Dinge für sich genommen, die die Rechte der Person verletzen kann. Wenn sie unauffindbar verloren gegangen, etwa im Meer versunken wären, könnten sie der Person ganz gleichgültig sein. Bedrohlich ist nur die Möglichkeit, daß diese Dinge oder die in ihnen verkörpertten Nachrichten Personen, insbesondere einem großen Personenkreis, bekannt werden können. Wichtig sind also nicht die Nachrichten als solche, sondern ihre Verbreitung und die dadurch bewirkte oder veränderte Widerspiegelung der Persönlichkeit in den Köpfen der Umwelt. Die Bedeutung dieser Widerspiegelung für die Person selbst mag zwar früher überschätzt worden sein,

wenn man sagte: "Übers Leben geht noch die Ehre!" sie ist aber doch sehr groß. Glück und Fortkommen eines Menschen hängen in stärkstem Maße von der Meinung ab, die die Umwelt von ihm hegt.

Aus zwei Gründen kann eine Person ein wichtiges und schutzwürdiges Interesse daran haben, selbst zu bestimmen, ob ein von ihr stammendes Schriftstück, Bild, Tonband usw., kurzum ein Bericht, weiteren Personen mitgeteilt, insbesondere mittels Presse, Film, Buchhandel, Rundfunk und Fernsehen verbreitet werden darf:

- 1.) weil der Bericht das Ansehen der Person schädigen, wichtige Pläne vereiteln, irgendeinen unerwünschten Eindruck bei anderen Personen erwecken würde,
- 2.) weil das Publikum den "Bericht" so sehr erwartet, daß es bereit ist, ihn mit Geld zu bezahlen.

Die zweite Alternative fällt in den Bereich der Urheberrechte, die erste bildet den Hauptgegenstand des sog. allgemeinen Rechts der Persönlichkeit. Bei diesem geht es also im wesentlichen um das Problem, ob und inwieweit eine Person gefragt werden muß oder selbst bestimmen darf, ob ein Bericht (im weitesten Sinne) von ihr anderen Personen mitgeteilt werden darf. Der Schutz der Ehre, des guten Rufes (59), des Namens, des good will, der Abstammung, des Bildes, des Briefgeheimnisses und der Intimsphäre betreffen allesamt zuvörderst die Widerspiegelung der Persönlichkeit in den Köpfen anderer.

Nun wird man zugeben müssen, daß es im Einzelfall oft sehr schwer fallen wird zu entscheiden, ob an einer nachteiligen Veränderung des Eindruckes, den eine Person auf die Umwelt macht, etwa die Verletzung des "Rechts" an der Ehre, an der Abstammung oder am Namen überwiegt, oder ob in einem anderen Falle eine unbefugte Beeinträchtigung mehr des guten Rufes, der Intimsphäre oder des Rechts am eigenen Bild vorliegt. Diese

59) Die Ehre ist negativ bestimmt: "Er hat nie etwas Ehrenrühriges getan", - der gute Ruf positiv: "Er hat dies und das geleistet". Vgl. zu dem ganzen Komplex A. Schopenhauer, Aphorismen zur Lebensweisheit, 4. Kapitel: Von dem, was einer vorstellt.

Dinge verschwimmen in einander, weil der eigentliche Schutzbereich die Meinung der Umwelt von einem ist. Derartige Abgrenzungsschwierigkeiten gibt es aber nicht im Verhältnis zu Verletzungen von Leben, Körper und körperlicher Bewegungsfreiheit. Lediglich eine Beeinträchtigung der Gesundheit könnte einmal Hand in Hand gehen mit einer Ehrabschneidung oder einer Vernichtung des guten Rufes. Man spricht dann von einer "Kränkung". Auch insoweit ist aber eine reinliche Scheidung zwischen der Gesundheitsbeschädigung und der Verletzung des Ansehens und guten Rufes ohne weiteres möglich. Die in § 823 I BGB aufgeführten Persönlichkeitsrechte finden alle ihren eindeutig abgegrenzten Schutzbereich in der körperlichen Erscheinung der Person. Es liegt deshalb kein Grund vor, diese Rechte zu vermischen mit der Befugnis der Person, die Mitteilung oder Verbreitung gewisser "Berichte" zu verbieten. Der Bundesgerichtshof hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch immer nur als "sonstiges Recht" bezeichnet, das heißt als subjektives absolutes Recht, das neben dem Recht auf körperliche Unversehrtheit steht. Damit allein wird man auch der heutigen Fassung des § 823 I BGB gerecht. Übrigens sind im Gesetzentwurf für die Neuordnung des Persönlichkeitsrechts neben der Generalklausel: "Wer einen anderen in seiner Persönlichkeit verletzt ...", ebenfalls Einzeltatbestände vorgesehen für Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit. Schließlich kann noch hingewiesen werden auf das schweizer Beispiel. Obwohl dort in Art. 28 Zivilgesetzbuch und in Art. 49 Obligationenrecht ein allgemeines Persönlichkeitsrecht normiert ist, arbeiten Rechtsprechung und Lehre mit selbständigen einzelnen Persönlichkeitsrechten (60). Darin drückt sich eine innere Notwendigkeit aus. Man kann programmatisch von einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sprechen, für die Sub-

60) vgl. Kaestlin NJW 1959 S. 1011 und die dort zitierte Entscheidung des Bundesgerichts BGE 52 II 376; ferner Schmeißeimer S. 46.

sumptionen der juristischen Praxis braucht man Tatbestände, die präziser ausgebildet sind.

Es darf demnach im weiteren davon ausgegangen werden, daß jedem Menschen ein selbständiges Recht bezüglich des eigenen Körpers zukommt, kraft dessen er seinen Körper von niemandem antasten zu lassen braucht.

c) Kein Eigentum am eigenen Körper.

Zwischen dem Recht am eigenen Körper und dem Eigentumsrecht an Sachen haben sich in den vorausgegangenen Untersuchungen eine Anzahl von Gemeinsamkeiten herausgestellt. Beide sind absolute Rechte und bestehen wesentlich aus einem Bündel von Rechten gegen jedermann mit negativ bestimmtem Inhalt. Bei beiden Rechten ist der Beziehungsgegenstand, der von niemandem verletzt werden darf, körperlich und mit den Sinnen erfaßbar. Damit stellt sich die Frage, ob das Recht am eigenen Körper nicht überhaupt nur eine Spielart des Eigentumsrechts ist oder wo hier wichtige Unterschiede liegen. Tatsächlich ist in der Wissenschaft schon gelegentlich die Forderung erhoben worden, das Recht des Menschen am eigenen Körper als Eigentum zu bezeichnen. In jüngerer Zeit kommt Brunner (61) aus praktischen Erwägungen, hauptsächlich um das Eigentum des Erben am Leichnam begründen zu können, zu dem Schluß: der geheiligte Satz, *nemo dominus membrorum suorum* (62), sei nicht länger haltbar; jedem Menschen müsse das Eigentum an seinem Körper zuerkannt werden.

Erhebliche Bedenken gegen diese These ergeben sich aus der gesetzlichen Umschreibung des Eigentums in § 903 BGB. Dort wird nur vom Eigentumsrecht an einer Sache gehandelt, und es fällt schwer zu glauben, daß der menschliche Körper eine Sache im Sinne des Gesetzes sein sollte. Das Gesetz definiert die Sachen in § 90

61) vgl. NJW 1953 S. 1173.

62) Ulpian 1 13 pr D ad legem aquiliam 9,2.

BGB als körperliche Gegenstände. Nun ist der Körper des Menschen unleugbar etwas Körperliches. Man kann auch nicht umhin zugeben, daß er in gewisser Beziehung einmal Gegenstand sein kann: Gegenstand einer wissenschaftlichen Untersuchung, Gegenstand einer Pflege. Er ist auch, wie oben dargelegt, Gegenstand des Rechts auf körperliche Unversehrtheit; das dem Menschen zustehende subjektive Recht gegen jedermann auf Unterlassung von Körperverletzungen bezieht sich auf den eigenen Körper, hat den Körper zum Gegenstand. Trotzdem muß an der nahezu einhelligen Ansicht festgehalten werden, daß der Körper des lebenden Menschen keine eigentumsfähige Sache ist (63). Es hält jedoch schwer, für dieses einleuchtende Ergebnis eine stichhaltige Begründung zu finden. Es ist gewiß richtig, daß der menschliche Körper integrierender Bestandteil der Persönlichkeit ist, und Brunner (64) macht es sich wohl zu leicht, wenn er ihn als irdische Hülle des Menschen abtun will. Aber ist damit schon bewiesen, daß er nicht auch gleichzeitig Sache im Rechtssinne sein kann? Dem Umstand, daß eine solche Bezeichnung seltsam klingt, kann keine große Bedeutung zukommen. Der Ausdruck Sache wird nämlich im täglichen Leben nur für leblose Dinge angewendet. Lebende Tiere z. B. werden üblicherweise nicht als Sachen bezeichnet. Der juristische Sachbegriff weicht also vom allgemeinen Sprachgebrauch ab, weil er unbestrittenermaßen lebende Tiere umfaßt. Darum kann es hier auch kein durchschlagendes Argument sein, daß sich das Sprachgefühl dagegen sträubt, den menschlichen Körper eine Sache zu nennen.

63) vgl. Enn.-Nipp. § 121 II; Staud.-Coing § 90 Anm. 4; Erman-Böhle-Stamschräder § 90 Anm. 7; Oertmann Vorbem. 6 e α vor § 90; Palandt § 90 Anm. 2; Schreuer S. 245; Gareis, Festgabe S. 59; Alvensleben S. 14.

64) NJW 1953 S. 1174. Schultheis (S. 22) weist darauf hin, man müsse bei einer solchen Auffassung konsequenterweise jeden verstorbenen Menschen als verschollenes Rechtssubjekt behandeln.

Sohm (65) wollte den juristischen Sachbegriff auf mögliche Gegenstände eines Verfügungsgeschäftes eingeeengt wissen. Diese Definition käme der Tatsache entgegen, daß der menschliche Körper augenscheinlich nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein kann. Aber die Begründung Sohms, die auf den Nachweis abzielt, der Gesetzgeber habe den Ausdrücken "Gegenstand" und "etwas" einen unterschiedlichen Sinn beigelegt, ist mit beachtlichen Argumenten von Binder (66) angegriffen worden. Dieser wollte auf den Geld- und Nutzwert abgestellt wissen. Dem stehen freilich erst recht schwere Bedenken entgegen. Es ist bekannt und kaum zu leugnen, daß es auch an solchen Dingen Eigentumsrechte gibt, die nicht den geringsten Erlös abwerfen können, die objektiv weder Markt- noch Nutzwert haben.

Auf der anderen Seite scheint es mir von vornherein ungenau zu sein, wenn von Verfügungen über Sachen gesprochen wird. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr wird über das Eigentumsrecht an einer Sache verfügt, nicht eigentlich über die Sache selbst.

Dieser Meinungsstreit dürfte überhaupt für die Frage, ob der Körper des Menschen Sache im Rechtssinne ist, wenig ergiebig sein. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, daß alles Sache sei, was dem Menschen körperlich, greifbar und abgegrenzt gegenüberstehe (67).

An die Frage, ob damit auch der Körper anderer Menschen oder sogar der eigene Körper einbegriffen ist, ist offenbar gar nicht gedacht worden.

Der Sachbegriff ist in der Zivilrechtsordnung nur in einer Richtung von Bedeutung. Er dient als Voraussetzung für den Begriff des Eigentums. Nur wenn man diesen Bezug ständig im Auge hat, wird man den Sachbegriff richtig erfassen können.

Wenn somit von der Funktion des Begriffes "körperlicher Gegenstand" im Rechtsleben auszugehen sein wird, so

65) vgl. Iher. Jahrb. Bd. 53 S. 388

66) vgl. Arch. Bürg. R. 34 S. 229; dagegen auch Staud.-Coing Vorbem. 3 d vor § 90.

67) vgl. Mugdan III, Motive, S. 15.

bedarf es zunächst einer Gegenüberstellung des Rechts an einer Sache mit dem Recht am eigenen Körper; erst folgeweise wird sich danach ergeben, ob der menschliche Körper Sache, d.h. Gegenstand eines Eigentumsrechts sein kann.

Beim Vergleich des Rechts an einer Sache mit dem am eigenen Körper fällt ins Auge, daß nur das erstere auf einen anderen übertragen werden kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält darüber in §§ 925-936, 873-902 besondere Vorschriften. Dagegen ist der Gedanke, daß das Recht am eigenen Körper auf einen anderen übertragen werden könne, unserer Rechtsordnung fremd. Diese unterschiedliche Behandlung ist nicht zufällig: Darin drückt sich vielmehr eine wesentliche Verschiedenheit aus. Um sie darzulegen, ist noch einmal auf die Natur der subjektiven Rechte zurückzukommen.

Ein subjektives Recht eines Menschen gegen einen anderen ist eine vom Gesetzgeber gedachte Beziehung zwischen diesen Personen. Diese Beziehung läßt sich in einem Satz ausdrücken, ja sie muß überhaupt, um von Menschen stammen und von Menschen verstanden werden zu können, in Form eines Satzes gedacht sein.

Für die absoluten Rechte an Sachen und am eigenen Körper kann von folgenden Sätzen ausgegangen werden: X darf die dem E gehörende Sache S nicht antasten, und X darf den Körper des E nicht antasten.

Beide Sätze enthalten ein Rechtsgebot. Darüberhinaus enthält das Eigentumsrecht eine Aussage, nämlich, daß die Sache S dem E gehört. Diese Aussage bezeichnet man als Zuordnungsfunktion des Eigentums. Dem Recht am eigenen Körper fehlt eine solche Aussage, weil sie überflüssig wäre, denn der Körper braucht dem Menschen nicht erst vom Recht zugeordnet zu werden. Eigentum haben zu können, ist eine Rechtsgewährung, einen Körper haben zu können nicht.

Diese Gegenüberstellung ist kennzeichnend, wenn auch etwas unscharf, weil, wie Schreuer treffend bemerkt(68),

68) vgl. S. 251.

der Leib ein Stück dessen ist, was ich bin, nicht habe. Das Recht des Menschen bezüglich des eigenen Körpers ist also vom Eigentumsrecht bezüglich einer Sache trotz vieler Gemeinsamkeiten wesentlich verschieden. Der Körper ist Gegenstand eines ausschließlichen besonderen Persönlichkeitsrechts des Menschen, das nicht mit einem Eigentumsrecht identisch ist. Ein Eigentumsrecht am beseelten Körper kann dem Menschen selbst nicht zustehen und daher erst recht nicht einem anderen Menschen. Der Körper des Menschen ist mithin auch keine (eigentumsfähige) Sache im Rechtssinne.

d) Künstliche Körperteile und Hilfsmittel.

Das absolute Recht des Menschen auf körperliche Unversehrtheit hat den ganzen Körper zum Gegenstand. Da der Körper nicht in einzelne selbständige Glieder zerfällt, sondern wesentlich eine Einheit darstellt, muß auch das Recht am Körper ein einheitliches sein (69). Es erstreckt sich nur auf den Körper und nicht z.B. auf ~~xxx~~ Kleidungsstücke, die der Mensch am Körper trägt. Diese sind Sachen und Gegenstand des Eigentums. Das gleiche wird für Hilfsmittel zu gelten haben, die in einem gewissen Zubehörverhältnis zum Körper stehen. Hier ist an Krücken, abschnallbare Prothesen, Brillen, Hörgeräte, Perücken und ähnliches zu denken. Daß diese Dinge ihre Sachqualität behalten haben und im Eigentum, gegebenenfalls auch in fremdem Eigentum stehen, ist nicht zweifelhaft und entspricht der allgemeinen Anschauung. Es kann überdies aus § 811 Ziff. 12 ZPO geschlossen werden. In dieser Vorschrift sind derartige Hilfsmittel für unpfändbar erklärt. Da sich die Pfändung nach § 808 ZPO nur auf Sachen erstreckt, hätte sich diese Vorschrift erübrigt, wenn der Gesetzgeber solche Hilfsmittel nicht als Sachen angesehen hätte. Zweifelhaft kann demgegenüber die Rechtslage von Dingen

69) anders ohne ersichtlichen Grund: Schreuer S. 261.

erscheinen, die als künstlicher Ersatz für fehlende oder erkrankte Körperteile in den Körper eingefügt sind. Goldkronen und Amalgamplomben z. B. werden so fest mit dem Körper verbunden, daß eine nachträgliche Ablösung ohne schwere Beschädigung entweder der Zahnschubstanz oder der Krone bzw. Plombe in der Regel nicht möglich ist. Zudem würden Kronen oder Plomben, wenn man sie tatsächlich unbeschädigt aus einem Kiefer entfernen könnte, mit der Trennung in ihrem Wesen verändert. Sie würden zu Metallteilen, die dem ihnen zugedachten Zweck nicht mehr dienen könnten. Wenn nicht dem ~~XXX~~ Körper des Menschen, wie oben dargetan, die Qualität einer Sache im Rechtssinne abginge, könnte man somit diese Fälle geradezu als Musterbeispiele für das Verhältnis von wesentlichen Bestandteilen zur Hauptsache im Sinne von § 93 BGB bezeichnen. Es liegt darum nahe, auf diese Fälle den § 93 BGB entsprechend anzuwenden. Die herrschende Lehre tut das, indem sie solche fest in den menschlichen Körper eingefügten Ersatzteile als echte Körperteile und damit nicht mehr als Sachen im Rechtssinne ansieht (70). Es wird jedoch ebenfalls die Ansicht vertreten, auch Dinge, die fest mit dem Körper eines Menschen verbunden worden seien, seien dabei sonderrechtsfähige Sachen geblieben (71). Diese Ansicht, die von den genannten Autoren nicht begründet wird, ließe sich vielleicht damit unterstützen, daß ein Mensch seine Zahnplomben und Kronen nicht so sehr als Stück seiner selbst, sondern eher als Fremdkörper empfindet. Dennoch ist der herrschenden Lehre beizupflichten. Die analoge Anwendung des § 93 BGB ist hier geboten. Der Grundgedanke dieser Vorschrift besagt, daß die festverbundenen Bestandteile einer einheitlichen Sache das rechtliche Schicksal der Hauptsache zu teilen haben. Damit wird einem doppelten Zweck gedient. Die Rechtslage einer

70) Erman-Böhle-Stamschräder § 90 Anm. 7; Palandt-Dankelmann § 90 Anm. 2; Enn.-Nipperdey § 121 II 1; Oertmann LZ 1925 Sp. 513.

71) Staud.-Coing § 90 Anm. 4; Gareis, Festschrift S. 59.

einheitlichen Sache soll möglichst übersichtlich sein, und eine mit Wertminderungen verbundene Zerreißung einer wirtschaftlichen Einheit soll vermieden werden. Grundgedanke und Normzweck des § 93 BGB passen auf den im Gesetz nicht geregelten Fall der Verbindung von Sachen mit einem menschlichen Körper. Es liegt auf der Hand, daß mit der Entfernung von Kronen und Plomben von einem Kiefer auch ein wirtschaftlicher Schaden verbunden wäre und daß die Möglichkeit von Sonderrechten Dritter an mit dem menschlichen Körper verbundenen Sachen wenig erwünscht erscheinen müßte. Da schließlich das Recht des Menschen am eigenen Körper zu dem Eigentumsrecht an Sachen viele verwandte Züge aufweist, ist der Analogieschluß erlaubt, daß Sachen, die mit dem Körper fest verbunden werden, damit rechtlich gesehen Körperteile werden.

Wenn einzelne Sachen mit der festen Verbindung mit einem menschlichen Körper sonderrechtsunfähige Körperteile werden, dann müssen die an ihnen bestehenden Eigentumsrechte im einheitlichen Recht am eigenen Körper aufgehen. Sofern diese Eigentumsrechte Dritten zustanden und eine Übereignung nicht nach § 929 BGB mit der Einfügung in den Körper zustande gekommen ist, führt der Weg zu diesem Ergebnis über eine Analogie zu § 947 II BGB. Die Zulässigkeit und Notwendigkeit dieser Analogie ergibt sich aus dem vorstehenden.

Daß der menschliche Körper gegenüber ihm angefügten Sachen stets die Haupt"sache" sein wird, bedarf keiner Erörterung. Für die Vermögenseinbuße, die der Eigentümer der nachmaligen Körperteile erleidet, kann er eine "Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern" (§ 951 I BGB); die entsprechende Anwendung auch dieser Vorschrift ist nur noch konsequent.

Allerdings wird ihm das sich aus § 951 II 2 BGB ergebende Wegnahmerecht (72) nicht zu gewähren sein. Die

72) vgl. Westermann, Sachenrecht S. 263.

körperliche Unversehrtheit eines Menschen ist nämlich ein höherrangiges Rechtsgut als das Eigentum an einer Sache, und es widerspräche daher allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wenn der Ersatzberechtigte zum Ausgleich seiner Eigentumseinbuße ein Recht auf Duldung einer Körperverletzung hätte.

Diese am Beispiel von Goldkronen und Zahnplomben entwickelten Grundsätze gelten auch und erst recht für Überpflanzungen von Körper- und Leichenteilen. Da überpflanzte Hautteile, injiziertes Blut, einoperierte Knochensplitter und ähnliche noch mehr als ein Zahnersatz aus Metall zu integrierenden Bestandteilen des Körpers werden, ist die Notwendigkeit der analogen Anwendung der §§ 93, 947 II BGB für solche Fälle eher noch einleuchtender.

Der Nachweis, daß vom Körper eines anderen Menschen stammende Teile vor ihrer Einpflanzung Sachen seien, genau wie das für einen Zahnersatz bereitgestellte Gold und Silber, gehört bereits in den Zusammenhang des nächsten Kapitels.

2.) Die Rechtslage abgetrennter Körperteile.

Es ist ein ganz alltäglicher Vorgang, daß Teile vom menschlichen Körper abgetrennt werden; denn abgeschnittene Haupt- und Barthaare und Fingernägel sind ja auch abgetrennte Körperteile. Solche Trennstücke werden von der allgemeinen Anschauung als Sachen behandelt. Man wendet ihnen keine besondere Aufmerksamkeit zu, und sie gelten allgemein als wertlos. Jedenfalls erblickt die herrschende Auffassung in ihnen nicht mehr den Menschen, zu dem sie früher gehört haben; von mehr oder weniger krankhaften Erscheinungen des Fetischismus oder Starkults kann hier abgesehen werden (73). Auch in der Rechtswissenschaft ist es einhellige Mei-

73) Über Fälle von Zopfabschneiderei u. dergl. vgl. Koppe S. 1 ff.

nung, daß Teile, die vom Körper eines Menschen endgültig abgelöst sind, Sachen im Sinne von § 90 BGB seien (74).

Es liegt in der Natur der Sache, daß der Mensch für Dinge, die bisher zu seinem Körper gehört haben, auch nach der Ablösung in irgendeiner Form zuständig sein muß. Freilich ist es in der Rechtswissenschaft umstritten, welcher Art das Recht ist, das man an solchen abgetrennten Stücken hat. Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten, dem früheren Träger der Körperteile wachse im Moment der Abtrennung unmittelbar das Eigentum an den Trennstücken zu, unabhängig davon, ob er selbst oder ein anderer die Abtrennung vorgenommen habe (75). Koppe kommt zu diesem Ergebnis mit einer Rechtsanalogie zu § 953 BGB, welcher besagt, daß Erzeugnisse und andere Bestandteile einer Sache auch nach der Abtrennung dem Eigentümer der Sache gehören. Oertmann weist darauf hin, daß einer Person der eigene Körper in viel intensiverer Form zugehört als jeder Gegenstand des Eigentums. Er glaubt daher mit einem einfachen Schluß ad maiorem aus § 953 BGB auskommen zu können.

Dagegen wird eingewendet, das Recht am eigenen Körper sei von ganz anderer Art als das Eigentumsrecht. Der § 953 BGB sei hier weder in erweiterter Anwendung noch im Wege einer Analogie zu gebrauchen. Das Bürgerliche Gesetzbuch, das den Erwerb des Eigentums eingehend regelt, enthalte keine Vorschrift, nach der ein Eigentum an abgetrennten Körperteilen unmittelbar der Person selbst zuerkannt werden könne. Solche Trennstücke seien daher herrenlose Sachen (76).

Nun kann zwar bei dieser Auffassung diejenige Person, von deren Körper Teile abgetrennt werden, _____

74) vgl. Enn.-Nipp. § 121 II 1; Erman-Böhle-Stamschräcker § 90 Anm. 7; Oertmann Vorbem. 6 e a vor § 90; Staud.-Coing § 90 Anm. 4; Johnsen S. 40.

75) vgl. Koppe S. 59; Oertmann LZ 1925 S. 512; Schreuer S. 262; Johnsen S. 42; Palandt § 90 Anm. 2.

76) vgl. Schultheis S. 32; Gareis, Festgabe S. 91, Seuff. Bl. Bd. 70 S. 317; Hegemann S. 22; Alvensleben S. 29; Staud.-Coing § 90 Anm. 4.

sich diese Teile sofort aneignen, sofern sie ein Interesse daran hat. Immerhin wäre es aber auch möglich, daß ihr ein anderer zuvorkommt. Dann ergäbe sich die merkwürdige Lage, daß jemand über Teile, die von seinem Körper stammen, nicht bestimmen könnte. Ein Ergebnis, das der Sachlage wenig gerecht wird!

Die Vertreter dieser zweiten Auffassung versuchen, diese Schwierigkeit zu überbrücken, indem sie dem Menschen an den von seinem Körper stammenden Teilen ein ausschließliches Aneignungsrecht zusprechen. Ein solches Recht sei zwar nicht ausdrücklich im Gesetz verankert, könne jedoch aus dem Persönlichkeitsrecht hergeleitet werden.

In diesem Meinungsstreit sind die Gründe, die für die erste Auffassung vorgebracht werden, die überzeugenderen. Ein unmittelbarer Eigentumserwerb entspricht besser der allgemeinen Anschauung. Vor allem läßt er sich besser mit dem geschriebenen Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang bringen als die Annahme eines ausschließlichen Aneignungsrechtes. Ein solches Recht findet nämlich im Gesetz keine Stütze, wenn man es nicht mit v. Alvensleben (77) unmittelbar aus § 958 BGB ableiten will, also aus einer Vorschrift, deren Bedeutung darin liegt, daß sie gewissen landesrechtlich vorgesehenen Jagd-, Fischereirechten u. dergl. Rechnung trägt. Mit Recht stellt Johnsen (78) fest, daß dieses Aneignungsrecht den schlimmen Beigeschmack einer gequälten juristischen Konstruktion habe.

An der Auffassung, daß vom Körper abgetrennte Teile zunächst herrenlos seien, braucht auch nicht aus praktischen Gründen festgehalten zu werden (79). Es trifft wohl zu, daß beim Friseur oder Zahnarzt die vom Körper abgefallenen Teile in der Regel nicht herausverlangt werden, ja daß über sie meistens gar nicht gesprochen

77) vgl. S. 29 f.

78) vgl. S. 42 a.a.O.

79) vgl. Gareis, Festgabe S. 92.

wird. Das liegt aber nur an der Wertlosigkeit dieser Teile. Wenn jemand Holz zu einem Tischler bringt, um sich ein Möbelstück anfertigen zu lassen, besteht er ja auch nicht darauf, daß ihm die bei der Bearbeitung angefallenen Hobelspäne herausgegeben werden, die sein Eigentum sind.

Auf der anderen Seite ist für den Fall der Abtrennung von Körperteilen die analoge Anwendung des § 953 BGB bedenkenfrei. Diese Vorschrift enthält zwar eigentlich nur eine technische Regelung, wenn sie bestimmt, daß dem Eigentümer einer Sache auch deren Bestandteile nach ihrer Trennung von der Sache gehören. Sie ist nur deshalb notwendig, weil das Bürgerliche Gesetzbuch an einheitlichen Sachen auch nur einheitliche Rechte kennt. Materiell und wirtschaftlich gesehen bringt die Regelung, daß dem Eigentümer eines Tellers auch die Scherben gehören, nichts wesentlich Neues. Trotzdem läßt sich aus dieser Vorschrift für die behandelten Fälle der Erwerb eines neuen Eigentumsrechts ableiten, das nicht nur aus einem umfassenderen Eigentumsrecht abgesplittert ist.

Der Rechtsgedanke des § 953 BGB paßt auf das Recht am eigenen Körper genauso gut wie auf das Eigentumsrecht. Beides sind absolute Rechte gegen jedermann, die einen bestimmten Beziehungsgegenstand einheitlich umfassen. Wenn von einem Beziehungsgegenstand des Eigentumsrechts, einer Sache, ein Teil abgetrennt wird, so erlischt das Eigentumsrecht nicht insoweit, sondern es erfaßt auch weiterhin diesen Teil; dadurch entsteht neben dem für die Restsache erhalten gebliebenen Eigentumsrecht ein neues selbständiges Recht. Wenn von dem Beziehungsgegenstand des besonderen Persönlichkeitsrechts auf körperliche Unversehrtheit, dem Körper, ein Teil abgetrennt wird, so erlischt das besondere Persönlichkeitsrecht nicht insoweit, sondern erfaßt auch weiterhin diesen Teil; dadurch entsteht ein neues selbständiges Recht. Dieses neue selbständige

Recht kann aber nicht mehr ein spezifisches Persönlichkeitsrecht sein, weil sein Beziehungsgegenstand nicht mehr zur Person gehört, sondern Sache ist. Das Recht am eigenen Körper hat sich für den abgetrennten Teil zu einem Eigentumsrecht entwickelt. Der Unterschied zwischen dem Recht am eigenen Körper und dem Eigentumsrecht an Sachen, der damit überbrückt wurde, liegt, wie oben gezeigt, wesentlich darin, daß nur im Eigentumsrecht eine Zuordnungsfunktion enthalten ist. Wenn eine Zuordnungsfunktion solcher Art dem Recht am eigenen Körper fehlt, so drückt sich darin keineswegs ein minderer Rang dieses Rechtes aus. Im Gegenteil, nichts kann dem Menschen intensiver zugehören als der eigene Körper. Die Aussage über eine rechtliche Zuordnung fehlt dem Recht am eigenen Körper, weil sie etwas Selbstverständliches, im Begriff Vorgegebenes, wiederholen würde. Erst bei einem vom Körper abgetrennten Teil ist die Zuordnung nicht mehr so selbstverständlich. Sie wird daher im subjektiven Recht verlautbart. Diese Inhalterweiterung des subjektiven Rechts, die rein formaler Natur ist, darf nicht zu der Annahme verführen, daß das Recht am eigenen Körper betreffs der abgetrennten Teile zum Eigentumsrecht erstarken müsse. Es schwächt sich vielmehr zum Eigentumsrecht ab. Der Rechtsschutz, den der eigene Körper genießt, ist nämlich umfassender als beim Eigentum. Bei Güterabwägungen, die in der Praxis häufig nötig sind, wirkt sich das aus (80).

Aus einer schlichten Gesetzesanalogie zu § 953 BGB läßt sich also der automatische Eigentumserwerb des Menschen an von seinem Körper abgelösten Teilen ableiten. Wenn ein Körperteil mit der Abtrennung aus der höheren Zuordnungsform absinkt, fällt er, indem er Sache wird, unter das Eigentum. Der für das Recht am eigenen Körper wie für das Eigentum gleichermaßen wesentliche Abwehranspruch gegen jedermann erfährt nur eine inhaltliche Veränderung, bleibt der Person aber

80) vgl. z.B. die Regelungen in §§ 227 und 228 BGB

erhalten. Plastisch dargestellt nimmt sich das ganze so aus: Wenn ich schon die Haare, die ich meinem Schaf abschneide, zu Eigentum habe, dann erst recht die Haare, die ich mir selbst abschneide.

Dieser Grundsatz gilt für alle abtrennbaren Körperteile. Ein herausgeschlagener Zahn, ein amputiertes Bein und herausoperierte Gallensteine sind Sachen und fallen im Moment der endgültigen Abtrennung in das Eigentum des bisherigen Trägers.

Über die abgetrennten Teile, die nicht mehr zum Körper gehören, kann die Person frei verfügen. Auch gegen einen Verkauf sind keinerlei rechtliche Bedenken zu erheben.

3.) Verfügungsgeschäfte über Körperteile.

Während Rechtsgeschäfte über Teile, die vom menschlichen Körper abgetrennt sind, wenig Anlaß zu grundsätzlichen Erörterungen bieten, ist es durchaus problematisch, inwieweit über noch nicht abgelöste Teile Rechtsgeschäfte wirksam abgeschlossen werden können. Dingliche Verfügungsgeschäfte hält man insoweit in der Literatur allgemein für unzulässig (81). Dem ist beizupflichten. Es geht nicht an, daß ich meine Haare auf dem Kopfe, meine Augen oder bestimmte Gliedmaßen übereignen, meine Goldkronen verpfänden kann. Das ist schon deshalb ausgeschlossen, weil dem Menschen selbst wegen dieser Teile keine Eigentumsrechte zustehen, die übertragen oder belastet werden könnten. Jeder Körperteil gehört zum Gegenstand des Persönlichkeitsrechts auf körperliche Unversehrtheit, und das ist ein höchstpersönliches Recht, das nicht abgetreten werden kann (82).

Es bezieht sich zudem einheitlich auf den ganzen Körper, wie oben in Analogie zu § 93 BGB festgestellt wurde, und die mit dem Körper fest verbundenen Bestand-

81) vgl. z.B. Staud.-Coing § 90 Anm. 4; Gareis, Festgabe S. 76; Schreuer S. 260.

82) vgl. Staud.-Coing Vorbem. 24 vor § 1; v. Gamm in NJW 1955 S. 1826.

teile sind daher nicht fähig, Gegenstand von besonderen absoluten Rechten zu sein. Schließlich würde ein Mensch mit einem dinglichen Rechtsgeschäft über einen Körperteil über ein Stück seiner Person verfügen. Das Geschäft wäre nichtig, weil es gegen die guten Sitten verstieße (83). Der Gläubiger würde nämlich das ihm eingeräumte Recht nur im Wege einer Körperverletzung oder einer Knebelung der freien Willensbestimmung ausnützen können. Absolute Rechte Dritter am Körper eines lebenden Menschen oder an Teilen desselben können mithin rechtswirksam nicht bestellt werden.

4.) Verpflichtungsgeschäfte über Körperteile.

a) Unmittelbare Verpflichtungen.

Wenn Verfügungsgeschäfte über Körperteile rechtlich nicht möglich sind, so folgt daraus nicht ohne weiteres, daß auch schuldrechtliche Verpflichtungen, sich einen Körperteil abtrennen zu lassen, nicht wirksam eingegangen werden können. Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, daß Rechtsgeschäfte, die darauf hinauslaufen, eine solche Verpflichtung zu begründen, nicht zu beanstanden seien, wenn sie nicht gegen die guten Sitten verstießen (84). Dazu wird von Schreuer und Nipperdey ausdrücklich die Einschränkung gemacht, daß eine Zwangsvollstreckung aus einem derartigen Anspruch ausgeschlossen sei. Wenn aber für einen Anspruch jede im Gesetz vorgesehene Vollstreckungsmöglichkeit, auch die nach den §§ 888 und 890 ZPO, ausscheiden soll, dann erheben sich Zweifel, ob überhaupt ein rechtlich verbindlicher Anspruch vorliegt. Die zur Klärung dieser Zweifel notwendige Untersuchung geht

83) Eine rechtshistorisch bemerkenswerte Darstellung zu dieser Frage findet sich bei Shakespeare, dessen Kaufmann von Venedig dem Juden Shylock ein Pfund seines Fleisches verpfändet hat.

84) vgl. Enn.-Nipp. § 121 Anm. 19; Schreuer S. 261; Erman § 90 Anm. 7; Staud.-Coing § 90 Anm. 4; Gareis, Festgabe S. 90; Palandt Anm. 2 zu § 90.

am besten von anschaulichen Beispielen aus. Dabei sind zweckmäßigerweise solche Eingriffe in den menschlichen Körper zu betrachten, die wohl bekannt, schwerlich dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit ausgesetzt und für den Körper möglichst ungefährlich sind.

Zu erwägen wäre, ob die Verträge, die tagtäglich mit Friseuren und Zahnärzten geschlossen werden, neben ihrem werkvertraglichen Hauptinhalt auch Verpflichtungen begründen, die Abtrennung von Körperteilen zu dulden. Feststeht, daß hier mit dem Vertragsschluß regelmäßig die tatsächliche Einwilligung in die Körperverletzung erteilt wird. Fraglich ist allein, ob solche Verträge auch die Verpflichtung des Kunden enthalten, die Einwilligung zu erteilen und aufrechtzuerhalten. Diese Frage wird sehr selten akut. Wenn nämlich ein Kunde verlangt, daß der Friseur seine Verschönerungsbemühungen bei halb vollendetem Haarschnitt abbreche, so wird der Friseur schon aus Kulanz dem Wunsch des Kunden folgen, selbst wenn dieser keine zutreffenden oder stichhaltigen Gründe für sein Verhalten hat. Freilich hat der Friseur auch keine Möglichkeit, den Kunden zur Duldung einer weiteren Behandlung zu zwingen. Das wäre selbst dann nicht anders, wenn vor dem Haarschnitt zwischen dem Friseur und seinem Kunden ausdrücklich vereinbart worden wäre, der Friseur dürfe soviel Haare abschneiden, wie ihm notwendig erscheine. Wollte der Friseur das ihm damit zugestandene Recht mit einer Klage auf Duldung vor Gericht verfolgen, so würde er damit bereits im Erkenntnisverfahren scheitern und nicht erst in der Zwangsvollstreckung. Da Haare Körperteile sind, ist das Abschneiden von Haaren durch einen Dritten tatbestandsmäßig eine Körperverletzung im strafrechtlichen Sinne.

Das ist freilich nicht unbestritten. Vielfach wird behauptet, körperliche Eingriffe, die etwa ein Arzt

sachgemäß zur Heilung eines Menschen vornimmt, seien aus sich heraus gerechtfertigt, entweder wegen ihres objektiven Heilzweckes oder wegen des beim Arzt vorhandenen subjektiven Heilwillens oder überhaupt wegen ihrer Sozialadäquanz (85). Dem-gegenüber kann festgestellt werden, daß ein ärztlicher Eingriff, gegen den sich der Patient bei vollem Bewußtsein entschieden sträubt, immer rechtswidrig wäre. Auf den objektiven Heilzweck oder den subjektiven Heilwillen kommt es dann gar nicht an. Mit dem etwas verschwommenen Begriff sozialadäquat kommt man freilich auch zu diesem Ergebnis, weil es eben nicht sozialadäquat ist, gegen den eindeutigen Willen des Patienten zu operieren. Ich halte es für eine unzulässige Bevormundung des Menschen, wenn ihm gesagt wird, dafür, ob in seinen Körper eingegriffen werden darf, komme es gar nicht so sehr auf seine Zustimmung an, sondern vielmehr auf die Meinung der Fachleute und auf die "vernünftigen" Anschauungen der Allgemeinheit. Ich folge also der Rechtssprechung, die bisher ständig daran festgehalten hat, daß ein Eingriff in den menschlichen Körper grundsätzlich immer eine tatbestandsmäßige Körperverletzung ist und daher eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedarf (86).

Der Friseur darf also nur dann Haare abschneiden, wenn der Betroffene im Moment des Eingriffes damit einverstanden ist. In der Strafrechtslehre herrscht einmütig die Auffassung, daß eine notwendige Einwilligung zum Zeitpunkt der Tat gegeben sein muß, wenn sie rechtfertigend wirken soll, und daß eine im voraus erteilte Einwilligung jederzeit frei widerruflich ist.

Damit die Haarbehandlung durch den Friseur in rechtmäßiger Weise zu Ende geführt werden kann, ist also gar nicht so sehr eine passive Duldung als vielmehr

85) vgl. Übersicht bei Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgem. Teil S. 298.

86) vgl. BGHSt 11 S. 112; RGSt 74 S. 92-93, 25 S. 380; gegen den Begriff der Sozialadäquanz ferner: Larenz NJW 1955 S. 522, Esser S. 465.

eine bestimmte positive innere Haltung, eine Einwilligung, des Kunden vonnöten. Man kann aber nicht zivilrechtlich einen Menschen zu einer inneren Einstellung verurteilen. Bürgerlich-rechtliche Ansprüche können überhaupt nur ein Tun oder Unterlassen und keine innere Haltung des Schuldners zum Gegenstand haben. Wollte man jemanden mit Gewalt zu einer inneren Haltung zwingen, so würde darin ein Angriff auf die Würde des Menschen liegen (Art. 1 GG).

Das ist der entscheidende Gesichtspunkt. Zwar sieht unser geltendes Recht in Einzelfällen eine zwangsweise Abtrennung von Körperteilen vor, nämlich in §§ 81 a ff. StPO. Diese ausdrücklichen Sonderbestimmungen dienen jedoch wichtigen Belangen der staatlichen Rechtssprechung. Dagegen kann eine Privatperson zu einem körperlichen Eingriff gegen den momentanen Willen des Betroffenen regelmäßig nicht berechtigt sein. Schuldrechtliche Verpflichtungen, die Abtrennung von Körperteilen zu dulden, sind schlechthin unwirksam; wenn nämlich schon das zwangsweise Abschneiden von Haaren nicht gebilligt werden und daher nicht mit rechtlichen Sanktionen in die Wege geführt werden kann, dann gilt das um so nachdrücklicher bei allen schwerwiegenderen Eingriffen (87).

Eine Verpflichtung, der sich der Schutz des Rechts versagt, ist nämlich keine rechtliche Verpflichtung. Von einer Naturalobligation zu sprechen (88), würde hier nur Verwirrung stiften. Wie Esser (89) überzeugend dargelegt hat, dient die Konstruktion des Begriffes Naturalobligation lediglich dazu, bei gewissen nicht gebotenen Leistungen den Ausschluß von Kondiktionsansprüchen zu erklären. Die sogenannten Naturalobligationen bedeuten nicht mehr als eine soluti retentio. Da die Rückforderung einer Duldung ohnehin nicht

87) vgl. Schreuer S. 261; Endemann S. 97; Meyer S. 91.

88) vgl. v. Alvensleben S. 41.

89) vgl. Esser, Schuldrecht S. 37 u. 311.

möglich ist, ist der zweifelhafte Begriff der Naturalobligation hier fehl am Platze.

Es sei noch einmal auf folgende wichtige Unterscheidung hingewiesen: Wenn eine Operation vorbereitet wird, so schließt der Patient mit dem Arzt regelmäßig einen Werkvertrag. Der eigentliche Inhalt dieses Werkvertrages wird von der vorliegenden Untersuchung nicht berührt. Gleichzeitig erteilt der Patient die Einwilligung, seinen Körper zu verletzen und gegebenenfalls Teile zu entfernen. Zu dieser Einwilligung verpflichtet er sich aber nicht. Eine solche Verpflichtung kann gar nicht rechtswirksam begründet werden. Der Patient kann vielmehr seine tatsächliche Einwilligung bis zur Narkose frei widerrufen. Die Operation muß dann unterbleiben. Der Patient hat sich vielleicht aus dem Werkvertrage schadensersatzpflichtig gemacht (vgl. § 642 BGB).

b) Mittelbare Verpflichtungen.

Mit dem Satz, daß ein Mensch sich nicht einem anderen gegenüber unmittelbar zur Duldung einer Körperverletzung verpflichten kann, ist noch nichts über mittelbare Verpflichtungen dieser Art ausgesagt. Es könnte jemand z.B. die Inkaufnahme eines Vermögensnachteiles für den Fall versprechen, daß er sich einen bestimmten Körperteil nicht abtrennen läßt bzw. eine bereits erteilte Genehmigung zurückzöge. Mit anderen Worten: Es könnte eine Art Vertragsstrafe ausbedungen werden, um juristisch mittelbar einen Druck auf eine Person auszuüben, eine Körperverletzung hinzunehmen. Es handelt sich hier um keine rein akademischen Fälle. Es kommt praktisch gar nicht so selten vor, daß eine Person durch Androhung von Vermögensnachteilen zur Duldung einer Körperverletzung genötigt wird. Im Rahmen der allgemeinen Invaliditätsversicherung wird eine Rentenzahlung in gewissem Umfange davon abhängig ge-

macht, daß der Versicherte diejenigen Operationen über sich ergehen läßt, von denen die Wiederherstellung seiner Arbeitskraft erwartet wird (vgl. § 606 Reichsversicherungsordnung). In Schadensersatzprozessen wird es dem Geschädigten als Mitverschulden angerechnet (§ 254 BGB), wenn er sich nicht den für angezeigt erachteten Operationen unterzieht (90). Die Folge ist eine Beschneidung der Schadensersatzansprüche. Diese Rechtssprechung übt also auf dem Wege über das Vermögen einen Druck auf Menschen aus, ärztliche Operationen, letztlich also Körperverletzungen, hinzunehmen. Der-artige Gepflogenheiten werden in scharfer Form angegriffen von Endemann (91). Eine genauere Untersuchung dieser bemerkenswerten, aber verwickelten Einzelprobleme geht über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinaus.

Hier ist nur die grundsätzliche Frage zu stellen, ob man sich zur Hinnahme einer Körperverletzung mittelbar dadurch verpflichten kann, daß man eine Vertragsstrafe gelobt.

Nach §§ 339 ff. BGB kann eine Vertragsstrafe grundsätzlich nur im Rahmen eines gültigen Vertrages wirksam vereinbart werden. Eine derartig akzessorische Vertragsstrafe muß in diesem Zusammenhang ausscheiden, weil eine direkte Verpflichtung zur Duldung einer Körperverletzung ja nicht begründet werden kann. Es kommt dann nur ein selbständiges, ein sog. uneigentliches Strafgedinge in Betracht.

Jede Art einer Vertragsstrafe bleibt aber hinfällig, wenn das Versprechen der Leistung, von deren Erbringung sie abhängt, im Gesetz für unwirksam erklärt ist (§ 344 BGB).

Nun ist das Versprechen der Duldung einer Körperverletzung, wie oben dargelegt, unwirksam. Jedoch ist diese Unwirksamkeit im Gesetz nirgends ausdrücklich bestimmt. Sie unterscheidet sich auch wesentlich von den Fällen der im Gesetz angeordneten Unwirksamkeit

90) vgl. Palandt Anm. 2 zu § 254; RGZ Bd. 156 S. 205.

91) vgl. Endemann a.a.O. insbesondere S. 53, 96.

von Verträgen. Wenn Verpflichtungen, sich einen Körperteil abtrennen zu lassen, nicht wirksam begründet werden können, so liegt das weniger daran, daß solche Verpflichtungen an sich von der Rechtsordnung mißbilligt würden. Nur die zwangsweise Durchsetzung einer solchen Verpflichtung widerspräche der Würde des Menschen. Eine gewaltsam erzwungene Verletzung der körperlichen Unversehrtheit bleibt aber gerade bei der Vereinbarung einer Vertragsstrafe ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 344 BGB ist also weder ihrem Wortlaut noch ihrem Sinngehalt nach auf den hier behandelten Fall anwendbar.

Das Ergebnis sei an einem Fall verdeutlicht: Wenn eine Friseurinnung ein Preisfrisieren veranstalten will, so kann sie die Damen, die sich dafür zur Verfügung stellen wollen, rechtlich wirksam nicht verpflichten, die ganze Prozedur über sich ergehen zu lassen. Sie kann jedoch selbständige Strafgedinge vereinbaren, um unangenehme Zwischenfälle zu vermeiden.

Für das Sachgebiet der vorliegenden Arbeit wird der Umstand, daß grundsätzlich selbständige Strafgedinge, die die Abtrennung von Körperteilen sicherstellen sollen, wirksam sein können, jedoch schwerlich von praktischer Bedeutung werden. Sofern es nämlich um Körperteile geht, mit deren Abtrennung leicht eine Gesundheitsbeschädigung oder eine Beeinträchtigung des natürlichen Gebrauchs der körperlichen Kräfte verbunden wäre, müßte es regelmäßig als sittenwidrig erscheinen, sich eine Geldbuße auszubedingen. Selbst wenn eine Abtrennung von Körperteilen einem sehr ehrenwerten Zweck dienen soll, nämlich der Heilung eines Kranken durch Transplantation, muß doch die Entscheidung der betroffenen Person, ob diese Teile von ihrem Körper abgenommen werden dürfen, bis zuletzt frei bleiben. Höchstens für den verhältnismäßig harmlosen Fall, daß jemand nur als Blutspender dienen soll,

könnte eine vermögensmäßige Verpflichtung in dieser Richtung durch ein selbständiges Strafgedinge unter Umständen unbedenklich erscheinen.

Genaueres läßt sich hier in allgemeingültiger Fassung nicht sagen. Es ist kein Zufall, daß im Gesetz die diesbezügliche Vorschrift, § 138 I BGB: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig", sehr unbestimmt gehalten ist. In diesem Bereich hängt fast alles vom Einzelfall ab. Von Bedeutung kann z.B. sein, ob Spender und Empfänger nahe verwandt sind, ob der Spender ohnehin unheilbar krank ist und dem nahen Tode entgegen sieht und ob das Leben des Empfängers von der Überpflanzung abhängt. Ferner wird man mit Recht auch auf die Erfolgchancen der Operation abstellen dürfen, und außerdem können die Vermögensverhältnisse der Beteiligten eine wichtige Rolle spielen.

Es sind somit Umstände denkbar, unter denen es nicht einmal mehr als sittenwidrig empfunden wird, wenn im voraus eine kaum je wieder behebbare Gesundheitsbeschädigung des Spenders mit einer Geldleistung verknüpft wird. Dennoch glaube ich als Grundsatz aufstellen zu können, daß das Ausbedingen einer Geldbuße regelmäßig nichtig ist, wenn die in Aussicht genommene Abtrennung eines Körperteils eine fortdauernde ernstliche Gesundheitsbeschädigung erwarten ließe.

c) Verträge für den Fall der Abtrennung.

Schließlich sind noch Verträge zu erörtern, in denen Körperteile für den Fall der Abtrennung verkauft werden. Man kann dabei mit Dernburg (92) von Verträgen über künftige Sachen sprechen. Solche Verträge sind, wie Koppe (93) nachgewiesen hat, nicht etwa nichtig, weil sie auf eine unmögliche Leistung gerichtet wären (§ 306 BGB). Sie sind gerade für den Fall geschlossen,

92) vgl. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 3 § 1 Nr. 4.

93) vgl. S. 68; ebenso Oertmann Vorbem. 6 e a vor § 90.

daß die Leistung möglich wird (§ 308 BGB).

Soweit sich der Inhalt eines solchen Vertrages auf Verpflichtungen beschränkt, einen abgetrennten Körperteil zu übertragen, dessen Abtrennung von den Parteien nur als möglich angesehen wird, sowie auf der Gegenseite, eine Leistung in Geld zu erbringen, ist kein Grund ersichtlich, warum solche Verträge grundsätzlich unwirksam sein sollten. Ein Mädchen kann also seinen langen Zopf, ein Blutspender sein Blut verkaufen, - im Hinblick auf eine eventuelle Abtrennung. Enthält der Vertrag aber nebenbei noch eine Klausel, die die Verpflichtung begründen soll, die Abtrennung auch tatsächlich vornehmen zu lassen oder vorzunehmen, dann ist er, wie oben gezeigt, zumindest insoweit unwirksam. Ob damit das ganze Rechtsgeschäft nach § 139 BGB hinfällig wäre, kann nur von Fall zu Fall und nicht allgemein entschieden werden.

Auch wenn Verträge über abzutrennende Körperteile die Frage der Abtrennung offen lassen, können sie nichtig sein gemäß § 138 BGB. Wenn sich jemand einen Flecken Haut oder einen Finger eines anderen versprechen ließe für den Fall der Abtrennung, so müßte dieser Vertrag wohl als sittenwidrig gelten, wenn nicht für den Erwerber diese Stücke objektiv in sehr hohem Maße wertvoll wären; ein abstrakt-wissenschaftliches oder ein Vermögensinteresse würde schwerlich ausreichen. Wenn dagegen Körperteile für eine Verpflanzung auf den Körper eines anderen Menschen Verwendung finden sollen, werden darauf abzielende Verträge meist nicht zu beanstanden sein.

Auch wenn eine Gegenleistung in Geld versprochen wird, kann man das nicht ohne weiteres verurteilen. Es ist ja nichts Ungewöhnliches und Neues, wenn eine körperliche Beeinträchtigung mit Geld aufgewogen wird (vgl. § 847 BGB). Freilich ist es ein wichtiger Unterschied, ob lediglich nachträglich zum Ausgleich einer geschehenen Körperverletzung eine Summe Geldes

zugesprochen ~~wird~~ oder ob eine Entlohnung vorher ausgemacht wird. Wer sich für den Verlust eines Beines durch Zahlung eines Geldbetrages entschädigen läßt, verletzt damit nicht das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, wohl aber jemand, der sich ein gesundes Bein "abkaufen" läßt. Nach fester Grundüberzeugung unserer Kulturgemeinschaft sind dem Menschen der Körper und die körperlichen Kräfte dazu vom Schöpfer verliehen, daß er sie übe und benütze und sich damit aktiv als Person bewähre, und nicht, damit er sie sich abnehmen und bezahlen lasse und so rein passiv einen schädigen Gewinn erhalte. Wenn Menschen ein Rechtsgeschäft schließen, aus dem deutlich hervorgeht, daß es mindestens einem der Beteiligten dazu dient, seiner Bestimmung als Mensch untreu zu werden, dann ist dieses Geschäft sittenwidrig.

Dafür, ob neben dem guten Zweck, einem kranken Menschen durch Transplantationen zur Heilung zu verhelfen, auch solche verwerflichen Absichten verfolgt werden, wird es in jedem Falle auf die Beantwortung folgender Fragen ankommen:

- 1.) Wird die bei der Entnahme von Teilen gerissene Lücke durch eigene Heilkräfte des Körpers oder durch künstliche Maßnahmen geschlossen werden können, oder wird eine dauernde Gesundheitsbeeinträchtigung zurückbleiben?
- 2.) Wird der nachhaltige Körperschaden lange Zeit stark spürbar sein und die Person in der von Gott gewollten und im Grundgesetz verbürgten Entfaltung ihrer geistigen und körperlichen Kräfte merklich hindern?
- 3.) Übersteigt der dem Spender versprochene Geldbetrag die Kosten von Krankenlager, Heilung, Arbeitsausfall usw. dergestalt, daß man den überschießenden Betrag nicht mehr als Prämie für Risiko und Genseigtheit ansehen kann, sondern dem Spender vorhalten muß, er "verkaufe" seine Gesundheit?

Das Verhältnis des Menschen zu seinem Körper und damit zu sich selbst ist zwar seine ureigene Angelegenheit. Das bedeutet aber nicht, daß es einer rechtlichen Beurteilung völlig entzogen sei. Es kann der Rechtsordnung nicht gleichgültig sein, wie der Mensch mit seinem eigenen Körper verfährt. Sehr häufig werden dabei nämlich mittelbar auch andere Personen betroffen. In manchen Staaten ist der Selbstmordversuch strafbar und in den meisten die Selbstverstümmelung zur Umgehung der Wehrdienstpflicht (vgl. § 109 StGB und § 17 Wehrstrafgesetz vom 30. März 1957). Eine Körperverletzung verliert durch die Einwilligung des Verletzten dann nicht ihren rechtswidrigen Charakter, wenn sie - so bestimmt es ausdrücklich § 226 a StGB - gegen die guten Sitten verstößt. Solche Eingriffe werden den Ärzten durch ihre Standesethik verboten, selbst wenn der Patient sie ausdrücklich verlangt.

III. ZUR VERPFLANZUNG VON LEICHENTEILEN.

=====

In der Einleitung ist gezeigt worden, daß die Ärzte heute in steigendem Maße auch Teile von Leichen zur Verpflanzung auf lebende Menschen verwenden. Die bei der Einpflanzung solcher Teile in einen lebenden Körper auftretenden Rechtsfragen entsprechen denen, die ~~sich~~ bei der Einpflanzung von Teilen, die von einem anderen lebenden Menschen stammen, bzw. von Metall- oder Plexiglasteilen sich ergeben. Es darf insoweit auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden. Solche Leichenteile werden echte Körperteile im Rechtssinne, die dem Recht des Menschen auf körperliche Unversehrtheit unterfallen.

Im folgenden wird dagegen zu erörtern sein, unter welchen Umständen und in welcher Rechtsform Teile von einer Leiche für eine Transplantation zur Verfügung gestellt werden können. Die wichtigsten Fragen werden dabei sein, wer zur Verfügung über Teile des Leichnams eines Verstorbenen berechtigt und welcher Natur sein Verfügungsrecht ist. Da über diese Fragen in der Rechtswissenschaft die abweichendsten Meinungen vertreten werden, ist eine systematische Erörterung der Rechtslage des Leichnams unumgänglich.

1.) Mit dem Tode erlischt das Rechtssubjekt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine besondere Vorschrift darüber, daß der Mensch nach seinem Tode nicht länger Subjekt von Rechten sein kann. Demgegenüber ist der Beginn der Rechtsfähigkeit in § 1 BGB festgelegt auf den Zeitpunkt der Vollendung der Geburt. Aus dieser unterschiedlichen Behandlung von Geburt und Tod im Gesetz könnte geschlossen werden, daß die Rechtsfähigkeit des Menschen auch nach dem Tode bestehen bleibt; dieser Schluß hätte zur Folge, daß ein-

zelne Persönlichkeitsrechte, wie das auf körperliche Unversehrtheit und das auf Wahrung der Ehre als Rechte eines Toten weiterhin bestehen blieben, während die Vermögensrechte und die Rechte am schöpferischen und geistigen Eigentum kraft gesetzlicher Sondervorschriften auf den Erben übergehen (94). Dieser Schluß wird aber in der Literatur, soweit ersichtlich, nirgends ausdrücklich gezogen. Er wäre auch nicht gerechtfertigt. Es gehört ^{zur Eigenart} unseres Bürgerlichen Gesetzbuches, daß es die tragenden Grundsätze der Zivilrechtsordnung, soweit angängig, unausgesprochen läßt. Einer dieser Grundsätze ist, daß nur jeder lebende Mensch Träger von Rechten sein kann (95).

Wenn über den Beginn der Rechtsfähigkeit eine besondere Vorschrift gegeben worden ist, so liegt das daran, daß in der allgemeinen Volksanschauung nicht eindeutig festliegt, ab wann ein Mensch vorhanden ist. Das Strafgesetzbuch nimmt einen von dem des BGB abweichenden Zeitpunkt an, an dem der nasciturus zum Menschen wird, indem es die Tötung eines Kindes während der Geburt nicht mehr unter den Tatbestand der Abtreibung fallen läßt (vgl. §§ 217, 218 StGB). Auch das BGB selbst korrigiert seine in § 1 gefällte Entscheidung für einen Sonderfall, indem es dem noch nicht Geborenen, aber bereits Erzeugten, in § 1923 II einen Erbteil vorbehält.

Während der Gesetzgeber über den Zeitpunkt der Menschwerdung keine einheitliche Auffassung voraussetzen konnte, hat es in unserem Kulturbereich von jeher festgestanden, daß ein Mensch mit dem endgültigen Aussetzen der Herz- und Lungentätigkeit aufhört, als Mensch zu existieren. Es bestand daher kein Anlaß, von Gesetzes wegen den Zeitpunkt, an dem ein Rechts-

94) vgl. § 1922 BGB; § 8 L¹UrhGes.; § 10 KunstUrhGes.; § 3 Geschmackmuster-gesetz; § 9 Patentgesetz; § 13 Gebrauchsmuster-gesetz; § 8 Warenzeichengesetz.

95) Allgem. Ansicht, vgl. Westermann, Person u. ...S.10; Enn.-Nipp. § 84 IV; Palandt Anm. 1 zu § 1.

subjekt wegfällt, näher zu bestimmen (96). Nur wenn der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches entgegen allen Rechtsüberlieferungen eine über den Tod hinaus fortdauernde Rechtssubjektsqualität des Menschen hätte normieren wollen, wäre eine besondere Vorschrift notwendig gewesen. Die Bedeutung der erwähnten Einzelschriften über den Übergang von Vermögens- und Urheberrechten auf den Erben liegt also wesentlich darin, daß klargestellt wird, daß diese Rechte mit dem Tode des Berechtigten nicht untergehen.

Die Tatsache, daß die Rechtsfähigkeit des Menschen mit dem Tode erlischt, wird auch von Schreuer (97) anerkannt. Trotzdem postuliert er eine Teilpersönlichkeit, die nach dem Tode zunächst erhalten bleiben und langsam erlöschen soll (98). Diese Teilpersönlichkeit dient ihm dazu, gewisse "Rechte des Toten" zu erklären, wobei er aber ausdrücklich gegen die Vorstellung polemisiert, Rechte seien stets auf einen Träger angewiesen, sozusagen auf einen "Kleiderstock" (99).

Eine ähnliche Auffassung vertritt Hubmann, wenn er meint, das abendländische Kulturbewußtsein habe ein neben dem Persönlichkeitsrecht der Angehörigen fortwirkendes Persönlichkeitsrecht des Toten herausgearbeitet; es gebe unvererbliche Rechte eines Toten, die von den Angehörigen nur in einer Art Prozeßstandschaft ausgeübt werden könnten (100).

Ob diesen Ansichten gefolgt werden kann, ist von weittragender Bedeutung für das Leichenrecht und darüber hinaus auch für das Urheberrecht. Den genannten Autoren ist gemeinsam, daß sie übereinstimmend lehren,

96) vgl. Protokolle Bd. VI S. 104.

97) vgl. S. 271: "Der Tote ist nicht mehr; alle Rechte des Toten sind Rechte des Lebenden, die nachwirken."

98) vgl. S. 265.

99) vgl. S. 273.

100) vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht S. 245 ff.; dem hat sich Koebel angeschlossen, vgl. NJW 1958 S. 937; Ähnliche Ansichten: Gareis, Festgabe, S. 92; Rausnitz Recht 1903 S. 593; Josef, Recht 1905 S. 103; von Schwe-rin, Seuff. Bl. Bd. 70 S. 653 ff.; v. Gamm NJW 1955 S. 1826

es gebe gewisse subjektive Rechte eines Verstorbenen, die, ohne auf andere lebende Menschen übergegangen zu sein, weiterhin Dritte verpflichten.

Schreuer führt eine ganze Anzahl von Gründen dafür an, daß eine teilrechtsfähige Teilpersönlichkeit den Tod des Menschen überlebe. Er beruft sich darauf, daß das Gesetz in gewissem Umfange Willenserklärungen aufrechterhält, auch wenn ein daran Beteiligter vor ihrem Wirksamwerden stirbt (vgl. §§ 130 II, 153 BGB), sowie darauf, daß Stellvertretungen im Innen- und im Außenverhältnis über den Tod des Vertretenen hinaus bestehenbleiben können (vgl. §§ 169, 673 f. BGB und § 52 III HGB). Diese Hinweise können nicht als Begründung gelten. Die angezogenen Vorschriften dienen lediglich der Sicherheit im Rechtsverkehr und sind insofern notwendige Folgeerscheinungen der dem Menschen zuerkannten rechtlichen Handlungsfähigkeit. Außerdem ergeben sich aus ihnen keine Rechte eines Verstorbenen, sondern nur Rechte und Pflichten des Erben. Ebensowenig stichhaltig ist die Begründung, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem Menschen praktisch auch schon vor der Geburt Rechte zuerkenne (vgl. §§ 1923 II, 1963 BGB); wie die Entstehung der Rechtsfähigkeit des Menschen gleichsam stufenweise vor sich gehe, müsse es ähnlich auch mit dem Erlöschen sein. Diese Gleichsetzung erscheint gesucht. Vor der Geburt ist immerhin ein Lebewesen vorhanden. Wenn die Rechtsordnung für dieses sorgt - übrigens ohne ihm ein subjektives Recht zu gewähren - ergibt sich daraus nicht, daß ein Toter Rechte hat.

Ein weiterhin von Schreuer gemachter Hinweis (101) auf das Recht der katholischen Kirche trifft nicht zu. Der *codex iuris canonici* kennt nur Rechte Lebender. Allerdings ist auf dem zweiten Konzil von Lyon und auf dem Tridentinum als Lehre der katholischen

101) vgl. Schreuer S. 270.

Kirche ausgesprochen worden, daß man Verstorbenen Gnaden zuwenden könne durch Fürbitten, Almosengeben et alia pietatis officia (102). Dabei handelt es sich aber um das Schicksal der Seele, das sich der menschlichen Rechtsordnung entzieht.

Schreuer kann auch nicht beigestimmt werden, wenn er es für bedeutsam hält, daß zur Beförderung eines Leichnams auf der Eisenbahn kein Frachtbrief genügt, sondern ein Leichenpaß erforderlich ist (103). Aus dieser öffentlichrechtlichen Ordnungsvorschrift läßt sich für das Fortleben einer Teilpersönlichkeit nichts entnehmen. Eine Leiche sollte, abgesehen von polizeilichen Gründen, schon deshalb nicht als Frachtgut eingestuft werden, weil sie der sterbliche Rest einer Person ist.

Schließlich ist auch der Umstand, daß der testamentarisch festgelegte letzte Wille eines Verstorbenen während eines Zeitraumes von 30 Jahren nach dem Tode noch rechtliche Verschiebungen zu bewirken vermag (vgl. §§ 2044, 2109, 2162, 2210 BGB), kein ausreichender Anhaltspunkt für die Annahme, daß der Mensch noch 30 Jahre lang von einer Teilpersönlichkeit überlebt wird. (104) Weil nämlich der Mensch zu Lebzeiten frei über sein Vermögen verfügen kann, wäre es verwunderlich, wenn er nicht auch für einige Zeit nach seinem Tode gewisse Bestimmungen über den Verbleib und die Verwendung seines Nachlasses treffen könnte. Zur Erklärung dafür, daß das Gesetz ihm diese Möglichkeit einräumt, braucht nicht erst ein fortwirkendes Persönlichkeitsrecht bemüht zu werden. Die von Schreuer im einzelnen zur Stützung seiner Ansicht vorgebrachten Argumente vermögen mithin nicht zu überzeugen.

102) vgl. Denzinger, Enchiridion Symbolorum, 30. Aufl. 1955 S. 464, 940 und 983.

103) vgl. § 44 der Eisenbahnverkehrsordnung vom 23. XII. 1908, RGBL. 1909 I S. 108.

104) Hubmann geht hier in Anlehnung an die Vorschriften § 29 LitUrhGes., § 25 KunstUrhGes. von einem Zeitraum von 50 Jahren aus, vgl. JZ 1957 S. 528.

Hubmann beruft sich in der Hauptsache auf das abendländische Kulturbewußtsein, das nach seiner Meinung subjektive Rechte eines Toten herausgearbeitet hat. Er sagt aber nicht ausdrücklich, daß er insoweit bereits ein Gewohnheitsrecht annehme. Eine solche Annahme ließe sich auch wohl schwerlich begründen. Im Schrifttum ist kaum einmal direkt von Rechten eines Toten die Rede. Die oben zu dieser Frage angeführten Autoren sprechen nur von einem Fortwirken oder Nachwirken der Persönlichkeitsrechte eines Verstorbenen. Das sind etwas verschwommene Formulierungen. Auch darin, daß Rechte eines Sterbenden auf Lebende übergehen, liegt schließlich eine Nachwirkung (105). Es kann jedenfalls nicht behauptet werden, daß sich ein beträchtlicher oder gar überwiegender Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur deutlich für eine Anerkennung von Rechten Toter einsetze. Eine Fortentwicklung unseres Rechts in diese Richtung verstieße gegen den tragenden Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß nur lebende Menschen Inhaber von Rechten sein können. Niemand kann zwar bestreiten, daß im Bewußtsein unseres Volkes die Vorstellung ausgeprägt ist, daß das Andenken und der Leichnam eines Verstorbenen Achtung erheischen. Es ist auch zuzugeben, daß für diese Vorstellung nicht so sehr die Gefühle der Hinterbliebenen als vielmehr der Verstorbene selbst als maßgeblich erscheint. Wenn man aber diesem Pietätsgebot auch in der Rechtsordnung Rechnung tragen will, - und man wird nicht umhin können - dann ist dazu die Anerkennung von Rechten eines Toten nicht der einzige mögliche Weg. Keinesfalls wird man sagen können, daß die Volksanschauung zwingend verlange, diesen juristisch-technischen Weg zu beschreiten.

Nach alledem ist die Konstruktion abzulehnen, daß es Rechte eines Toten gebe, die von Lebenden nur ausgeübt

105) Eher in diesem Sinne wird der Bundesgerichtshof in BGHZ Bd. 15 S. 259 zu verstehen sein.

oder wahrgenommen werden (106). Zwischen lebenden Menschen und einem Leichnam kann demnach kein Rechtsverhältnis im eigentlichen Sinne bestehen, da Rechtsverhältnisse nur zwischen rechtsfähigen Personen möglich sind.

2.) Ein Bestimmungsrecht unter Lebenden.

Jeder Leichnam eines Menschen muß in würdiger Form beigesetzt werden. An der Todesstätte kann er nicht verbleiben, weil das regelmäßig eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bedeuten würde. Es gibt daher auch polizeirechtliche Vorschriften, die allgemein die Bestattung innerhalb bestimmter Fristen anordnen. (107) Diese landesrechtlichen Normen lassen die Frage offen, wer die Bestattung zu besorgen hat (108). Auch das Bürgerliche Gesetzbuch gibt hierzu keine klare Auskunft. In § 1968 ist lediglich bestimmt, daß der "Erbe die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers trägt". Die Motive bemerken dazu (109), die "publizistische Beerdigungspflicht" liege außerhalb des Bereichs des bürgerlichen Rechts. Ob diese Auffassung zutrifft, kann hier zunächst dahinstehen. Denn jedenfalls gehört die wesentliche Vorfrage für die Pflicht, die Beerdigung zu besorgen, in den Bereich des bürgerlichen Rechts, die Frage nämlich, wer über Art und Ort der Bestattung zu bestimmen hat (110). Über diese Frage kommt es zwar in der Praxis selten

106) vgl. Meyer S. 16.

107) vgl. Polizei-VO über das Leichenwesen vom 18. IV. 1933, Preuß. Ges. S. S. 149, die zwischen 24 und 96 Stunden nach dem Tode die Bestattung vorschreibt. Vgl. hierzu auch § 367 Ziff. 1 und 2 StGB.

108) Die Regelung dieser Frage stünde dem Landesgesetzgeber nämlich nicht zu, vgl. Art. 55, 131 EGBGB; Art. 7 Ziff. 1 WRV; Art. 74 Ziff. 1 GG und Oertmann Vorbem. 6 e § 88 vor § 90.

109) Bd. V S. 535; Mugdan, Materialien Bd. V S. 286.

110) vgl. Blume AcP Bd. 112 S. 398; v. Dassel Recht 1908 S. 411; Berger S. 12; Weiser S. 11 ff.

zu einem ernstlichen Streit, weil sie sich meistens nach Sitte und Herkommen regelt. Immerhin hat sie schon mehrfach unseren obersten Gerichten zur Entscheidung vorgelegen, und zwar in Fällen, in denen die Umbettung einer Leiche angestrebt wurde (111). Die dazu veröffentlichten Entscheidungen ergeben bei zahlreichen Abweichungen in den Einzelheiten in folgenden Punkten ein einheitliches Bild: Bestimmten lebenden Personen steht ein gewisses Bestimmungs- und Verfügungsrecht über den Leichnam zu, das privatrechtlicher Natur ist. Zur Entscheidung über Bestehen, Inhalt und Umfang dieses Rechtes sind die Zivilgerichte berufen. Für Art und Ort der Bestattung ist in erster Linie der Wille des Verstorbenen maßgebend. Die Umbettung eines Leichnams kann nur aus besonderen Gründen verlangt werden, weil die Totenruhe ein selbständiges schutzwürdiges Rechtsgut ist. Diese von der Rechtssprechung entwickelten Rechtssätze erfreuen sich in der Literatur einmütiger Zustimmung. Insbesondere wird die Annahme, daß bestimmte Einzelpersonen über das Schicksal der Leiche im Rahmen des Schicklichen befinden dürfen, soweit ersichtlich, nirgends bestritten. Dieser Satz entspricht nämlich einer zwingenden Notwendigkeit (112). Für die Beisetzung eines Leichnams bieten sich stets viele verschiedene Möglichkeiten an bezüglich Zeitpunkt, Ort und Art. Nur sehr selten werden klare Bestimmungen vorliegen, die der Verstorbene selbst dafür getroffen hat. Da wir auch noch nicht in der unglücklichen Lage sind, daß eine Verwaltungsbehörde den Bürgern diese Entscheidungen völlig abnimmt, bleibt nur übrig, daß bestimmte Personen sie treffen müssen. Es liegt auf der Hand, daß das nicht irgendwelche fremden Menschen sein

111) vgl. RG Seuff, Bl. Bd. 70 S. 14; RG JW 1912 S. 540, 1915 S. 595; RGZ Bd. 71 S. 20, Bd. 100 S. 172, Bd. 106 S. 188, Bd. 108 S. 217, Bd. 154 S. 269; RG-Recht 1925 Nr. 1299, 1926 Nr. 461; OLG-Rspr. Bd. 2 S. 426, Bd. 14 S. 248, Bd. 16 S. 262; KG-Seuff.Arch. Bd. 73 Nr. 227; OLG Hamburg-LZ 1920 S. 660; OLG Dresden-JW 1925 S. 2125.

112) vgl. Bauer S. 13.

können. Es kommen nur Personen aus dem Lebenskreis des Verstorbenen in Betracht. Aus der Natur der Sache ergibt sich also zwingend, daß weder ein beliebiger Mensch, der vielleicht als erster kommt, noch eine unbegrenzte Vielzahl von Personen für diese Entscheidungen zuständig sein kann. Zudem läßt sich aus einzelnen Gesetzesvorschriften schließen, daß das Schicksal der Leiche bestimmten Personen anheimgegeben ist. Nach § 168 StGB wird bestraft, "wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten eine Leiche, Leichenteile oder die Asche eines Verstorbenen wegnimmt" (113). In der bis zum Erlaß des Grundgesetzes gültigen Fassung des § 454 V StPO war den Angehörigen eines Hingerichteten das Recht zugestanden, von der Vollstreckungsbehörde die Herausgabe des Leichnams zu verlangen. Sodann kann auf das Gesetz über die Feuerbestattung hingewiesen werden (114). Es enthält in seinem § 2 detaillierte Bestimmungen darüber, wer im einzelnen berechtigt ist, die Einäscherung eines Leichnams von der zuständigen Polizeibehörde genehmigt zu bekommen. Es kann somit nicht zweifelhaft sein, daß Leichen Bestimmungs~~zurechten~~ lebender Personen unterliegen. Wenn es trotzdem auf Bedenken stoßen muß, insoweit mit Böhne (115) von einem Gewohnheitsrecht auszugehen, so nur deshalb, weil dieser allgemein anerkannte Rechtssatz noch unvollkommen ist, indem er nichts über die Person des Berechtigten aussagt.

Das soeben nachgewiesene Bestimmungs- und Verfügungsrecht scheint ein absolutes Recht zu sein. (116) Wenn nur einer oder eine kleine Gruppe über Zeitpunkt, Ort und Art der Bestattung eines Leichnams befinden darf, so liegt darin eingeschlossen, daß alle übrigen Menschen für diesen Bereich nichts zu bestimmen

113) Bis zum 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. VIII. 1953 war diese Vorschrift enger gefaßt und mußte mit § 367 Ziff. 1 zusammen gelesen werden.

114) vom 15. Mai 1934, RGBl. S. 380; Sartorius Nr. 26.

115) vgl. S. 150; ebenso Berger S. 25.

116) vgl. Blume AcP Bd. 112 S. 374; Weiser S. 38.

haben. Dieses Bestimmungsrecht wird zwar in der Praxis, wenn überhaupt, dann nur zwischen solchen Personen streitig, die zum Lebenskreis des Verstorbenen gehört haben und die man unter dem Begriff der Hinterbliebenen zusammenfassen kann. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich in seinen Wirkungen auf diesen Kreis nicht beschränkt. Auch fernstehende Personen, die sich um den Leichnam sowieso nicht kümmern wollen, sind zivilrechtlich eigentlich nur durch dieses Recht von Bestimmungen über den Leichnam ausgeschlossen. Diese Feststellung mag zunächst etwas seltsam anmuten; das kommt aber nur daher, daß es normalerweise einem Außenstehenden schwerlich einfallen wird, Anordnungen für einen Leichnam zu treffen. Wenn aber doch einmal ein vielleicht skurriler entfernter Bekannter es sich einfallen ließe, hinter dem Rücken der Angehörigen einem Bestattungsinstitut genaue Weisungen zu erteilen, so würde das allgemeine Urteil darüber lauten: er mischt sich in Dinge ein, die ihn nichts angehen. Es ist im Volksbewußtsein fest verankert, daß das gewissen Angehörigen zustehende Bestimmungsrecht wegen des Leichnams alle anderen von Bestimmungen ausschließt.

Man wird es auch auf dieses Recht zurückführen müssen, wenn es offenbar Außenstehenden nicht erlaubt ist, auf einen Leichnam einzuwirken, ihn zu verletzen, ganz oder teilweise in Besitz zu nehmen oder sich anzueignen. Man mag einwenden, daß von den (unzähligen) denkbaren Möglichkeiten, auf einen Leichnam einzuwirken, die weit überwiegende Mehrzahl durch die allgemeinen Anschauungen von Pietät und Sittlichkeit auch dem Bestimmungsberechtigten selbst (der in der Regel mit dem nächsten Familienangehörigen identisch sein wird) verwehrt sei; der Bestimmungsberechtigte dürfe den Leichnam ebensowenig verletzen oder entehren wie andere Menschen. Dieser Einwand liefe auf die Ansicht hinaus, einen Leichnam dürfe grundsätzlich über-

haupt niemand antasten, und wenn das Außenstehende nicht dürften, so folge das nicht aus dem subjektiven Recht des Bestimmungsberechtigten. Diese Ansicht würde verkennen, daß das Verhältnis des Bestimmungsberechtigten zum Leichnam ein anderes ist als das eines Außenstehenden und von der Allgemeinheit auch durchaus anders gesehen und bewertet wird. Ein Bestimmungsberechtigter und nur er darf z.B. eine Haarlocke vom Leichnam als Andenken entnehmen, ohne damit gegen Pietät und Anstand zu verstoßen. Man kann darüber streiten, ob ein Bestimmungsberechtigter Goldkronen von einem Leichnam entfernen darf - Oertmann hält das für unbedenklich (117) -, ein Außenstehender darf das jedenfalls gewiß nicht. Bezeichnend ist schließlich auch der Umstand, daß es nach der Auffassung der herrschenden Lehre (118) zur medizinischen Obduktion einer Leiche, um die Todesursache festzustellen, der Einwilligung des bestimmungsberechtigten Angehörigen bedarf. Das bedeutet, daß ein Bestimmungsberechtigter, der zufällig Arzt ist, eine Leichenöffnung vornehmen darf, während das anderen Ärzten nicht ohne weiteres gestattet ist.

Mit diesen Hinweisen dürfte dargetan sein, daß das Bestimmungsrecht dem Berechtigten doch die Möglichkeit zu einer ganzen Reihe von Maßnahmen gewährt, von denen alle anderen Menschen ausgeschlossen sind. Wenn also das Bestimmungsrecht hier als absolutes Recht bezeichnet werden soll, so kann dem nicht entgegengehalten werden, es gewähre dem Berechtigten gar keine positiven Einwirkungsbefugnisse. Im übrigen ist dieser Gesichtspunkt nicht besonders wichtig, da hier ohnehin die Auffassung vertreten wird, daß die absoluten

117) vgl. LZ 1925 Sp. 515. Die Begründung, "das fördere die vaterländische Wirtschaft", ist allerdings abzulehnen als Ausfluß überholten merkantilistischen Denkens. Es ist in einem freiheitlichen Rechtsstaat für die Zivilrechtsordnung außerdem gleichgültig, ob durch Leichenbestattungen jährlich mehrere Tonnen Gold verloren gehen oder nicht.

118) vgl. Blume AcP Bd. 112 S. 395; Böhne S. 117; Berger S. 28 ff.; Becker JR 1951 S. 328; LG-Bonn in JW 1928 S. 2296; § 3 II Feuerbestattungsgesetz.

Rechte nicht so sehr positive Herrschaftsrechte als vielmehr negativ bestimmte Ausschließungsrechte sind. Daß das Bestimmungsrecht am Leichnam eine solche Ausschließung anderer beinhaltet, hoffe ich mit den oben angedeuteten Beispielen bereits dargetan zu haben; es soll aber noch ein Fall angeführt werden:

Ein Mensch bricht auf der Straße tot zusammen. Ein Kraftfahrer hält an und hebt den Leichnam des ihm Unbekannten in sein Auto und schafft ihn in sein Haus. Er möchte den Leichnam behalten und nach eigenen Wünschen bestatten lassen oder ihn, weil er etwa ein berühmter Chirurg und Anatom ist, wissenschaftlich untersuchen. Daß er das nicht ohne weiteres darf, liegt auf der Hand. Daß ihm in der Hauptsache ein privates Ausschließungsrecht eines anderen entgegensteht, erkennt man daran, daß er sich nur des Einverständnisses des oder der Bestimmungsberechtigten zu versichern braucht, um dann solche Maßnahmen unangefochten und wohl auch rechtmäßig durchführen zu können.

Ebenso häufig wie von dem Bestimmungsrecht ist in der Literatur von der diesem entsprechenden Fürsorgepflicht bezüglich des Leichnams die Rede. Auf diesen Begriff und darauf, ob es überhaupt eine Pflicht gegenüber einem Toten oder einem Leichnam geben kann, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Es genügt die Feststellung, daß es nach allgemeiner Anschauung dem Bestimmungsberechtigten obliegt, den Leichnam vor Schaden und Schande zu bewahren und für eine würdige Bestattung zu sorgen. Wie könnte der Bestimmungsberechtigte dem aber nachkommen, wenn ihm nicht ein absolutes, gegen jedermann gerichtetes Ausschließungsrecht bezüglich des Leichnams zu Seite stünde?

Schließlich kann noch darauf hingewiesen werden, daß unser positives Recht auf ein absolutes subjektives Recht eines Bestimmungsberechtigten am Leichnam zugeschnitten ist, wenn auch ein solches Recht nirgends ausdrücklich normiert ist. Es gibt keine Vorschrift,

die es allgemein verböte, einen Leichnam anzutasten, etwa zu sezieren. Eine solche Vorschrift wäre auch zivilrechtlich wenig bedeutungsvoll, wenn sie nicht zugleich angäbe, wessen private Rechte durch einen unbefugten Eingriff verletzt würden. Außerdem wird in § 168 StGB der Gewahrsam des Berechtigten geschützt. Mangels anderslautender gesetzlicher Vorschriften wird man sagen können, daß der Schutz und das Schicksal eines Leichnams gewissen nicht unmittelbar bestimmten Personen aus dem Kreis der Hinterbliebenen anheimgegeben ist.

Das sogenannte Bestimmungsrecht stellt sich somit als ein umfassendes Ausschließungsrecht dar, kraft dessen der Berechtigte die Unterlassung jeglicher Angriffe auf den Leichnam verlangen kann. Dieses Recht ähnelt also dem Recht am eigenen Körper und dem Eigentumsrecht an Sachen, - jedenfalls wenn man der im 1. Hauptteil vertretenen Ansicht folgen will, daß für die absoluten Rechte das "Innenverhältnis" des Berechtigten zum Beziehungsgegenstand nur von sekundärer Bedeutung ist. Der Inhalt des Rechts am Leichnam läßt sich so umschreiben, daß der Berechtigte oder die Berechtigten den Leichnam des Verstorbenen von niemandem antasten zu lassen brauchen.

Es wäre befremdlich, wenn man annehmen wollte, daß dieses absolute Recht am Leichnam mit dem Sterbefall originär entsteht. Das in ihm enthaltene und an alle Außenstehenden gerichtete Gebot entspricht nämlich ziemlich genau dem Gebot, das zuvor den Inhalt des Rechts am eigenen Körper gebildet hat. Es liegt deshalb sehr nahe, das Recht am Leichnam als Fortsetzung des Rechts am eigenen Körper anzusehen (119).

Die Vorstellung, daß das Recht bezüglich des eigenen Körpers mit dem Tode auf andere lebende Menschen übergeht, kann eher befriedigen als die andere, daß mit

119) vgl. Josef in Gruchot Bd. 65 S. 305, in JR 1929 S. 85; Becker-JR 1951 S. 331 f.

dem Moment des Todes Rechtsbeziehungen eines Lebenden gegen alle übrigen Menschen neu entstehen. Da das Recht am Leichnam gesetzlich nicht geregelt ist, ist es so aufzufassen, wie es sich am besten in das System unserer Zivilrechtsordnung einpaßt.

Daß dieselben subjektiven Rechte nacheinander verschiedenen Personen zustehen können, ist eine für unser bürgerliches Recht geradezu typische Vorstellung, die auch in Fällen aufrechterhalten wird, in denen ein Wechsel in der Person des Berechtigten einen Bedeutungswandel für das subjektive Recht mit sich bringt; man denke an §§ 889, 1177 BGB und daran, daß die Rechtsnachfolge in Mitgliedschaftsrechte einer offenen Handelsgesellschaft zugelassen ist (§ 139 HGB). Es entspricht mithin der Technik unserer Zivilgesetzgebung, wenn hier angenommen werden soll, daß das Recht am eigenen Körper und das Recht am Leichnam eigentlich dasselbe subjektive Recht ist.

Das von Rechtssprechung und Lehre einhellig als notwendig bestehend anerkannte Bestimmungsrecht über einen Leichnam ist demnach als umfassendes absolutes Recht anzusehen und als Fortsetzung des Rechts des Verstorbenen bezüglich seines Körpers.

3.) Berechtigt ist der Erbe.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Recht am Leichnam nicht ausdrücklich geregelt, und es fehlt daher an einer allgemeingültigen Vorschrift darüber, wer über das Schicksal der Leiche bestimmen darf. Zu dieser Frage sind daher sehr unterschiedliche Meinungen vertreten worden mit einer bunten Vielfalt von Begründungen. In der älteren Literatur wird das Bestimmungsrecht überwiegend dem Erben zuerkannt (120). Diese

120) vgl. Schultheis S. 34; Bekker S. 331; Dernburg Bd. 3 § 1 Nr. 4; Sandheim, Recht 1905 S. 43; v. Schwerin Seuff. Bl. Bd. 70 S. 666f.; Leonhard § 1968 Anm. IV; Planck Vorbem. 2 a vor § 90; Weiser S. 38; Oertmann LZ 1925 Sp. 513, Komm. Vorbem. 6 e vor § 90; Staudinger bis in die 9. Aufl. Anm. 3 b zu § 90, Anm. IVd2 zu § 1922; neuerdings Brunner NJW 1953 S. 1173.

Auffassung ist auch einmal vom Reichsgericht als die nächstliegende bezeichnet worden (121). Daneben wurde immer schon die Ansicht verfochten, das Bestimmungsrecht stehe den (nächsten) Angehörigen des Verstorbenen zu unabhängig davon, ob sie auch Erben geworden seien (122). Dabei beruft man sich teilweise darauf, daß der Erbe nur Vermögensnachfolger sei und der Leichnam nicht zum Nachlaß gehöre; die Vorschriften des Erbrechts seien daher nicht anwendbar. Teilweise wird an den angeführten Stellen die Wahl des Ausdruckes "Angehörige" überhaupt nicht begründet, was die Vermutung nahelegt, die Wahl dieses Wortes sei entweder nur zufällig erfolgt oder, um einer genaueren Festlegung aus dem Wege zu gehen. Mit dem Ausdruck Angehörige sind nämlich für die weitaus meisten Fälle auch die Erben einbezogen. Als gesetzliche Erben sind in §§ 1924 - 1931 BGB die Angehörigen des Verstorbenen berufen in einer Reihenfolge, die der normalerweise gegebenen Nähe der familiären Beziehungen entspricht. Nur in Fällen, in denen ein naher Familienangehöriger testamentarisch von der Erbfolge ausgeschlossen und dann als Pflichtteilsberechtigter nach § 2303 I 2 BGB nicht Erbe ist, in denen daher der Nachlaß einem weniger nahen Angehörigen oder gar einem Außenstehenden anfällt, kann die Frage von Wichtigkeit werden, ob das Bestimmungsrecht über den Leichnam von der Erbenstellung abhängt.

Neuerdings ist die Ansicht im Vordringen, die ein Bestimmungsrecht des Erben ablehnt (123). Im Gesetz

121) vgl. RG-Warn. 1912 Nr. 219

122) vgl. Johnsen S. 76; Hegemann S. 34; Blume S. 393; Josef, Recht 1905 S. 103, Gruchot 65 S. 304 ff.; JW 1925 S. 2109, JR 1929 S. 85; KG-Seuff. Arch. 73 Nr. 227; Schreuer S. 266; Specovius JW 1925 S. 344; Philipsborn JW 1930 S. 1552; OLG Hamburg LZ 1920 Sp. 660; Oppenheimer LZ 1928 Sp. 1535; LG Bonn JW 1928 S. 2296; Berger S. 25; Bohne S. 151 f.; Dotterweich S. 174.

123) vgl. Staudinger 11. Aufl. § 90 Anm. 5 (Going), § 1922 Anm. 150 (Böhmer), § 1968 Anm. 11 (Lehmann); Soergel-Bauer § 1968 Anm. 4; Erman § 90 Anm. 8; Palandt § 1968 Anm. 2; Enn.-Nipp. § 121 II 1; Enn.-Coing § 87 III 11; Hubmann S. 245; Erman § 1922 Anm. 6 a, § 1968 Anm. 1 (Bartholomeyczik).

über die Feuerbestattung glaubt man eine Regelung gefunden zu haben, die richtungsweisend ist, wenn sie auch unmittelbar nur einen kleinen Bereich des Bestimmungsrechts über einen Leichnam erfaßt.

Nach § 2 des Feuerbestattungsgesetzes haben die Angehörigen die Bestattungsart zu bestimmen, wenn keine Willensbekundung des Verstorbenen vorliegt. Der Kreis der Angehörigen soll umfassen: den Ehegatten, Verwandte und Verschwägte auf- und absteigender Linie, Geschwister und deren Kinder sowie den Verlobten.

In erster Linie soll der Wille des Ehegatten maßgebend sein, danach der der Kinder oder ihrer Ehegatten, hilfsweise der der sonstigen Verwandten nach dem Grade ihrer Verwandtschaft und vor dem Verlobten.

Bei Meinungsverschiedenheiten unter Angehörigen gleichen Grades soll die Polizeibehörde entscheiden, und jemand, der nicht zum Kreise der Angehörigen gehört, kann die Feuerbestattung nur beantragen, wenn er eine dahingehende Willensäußerung des Verstorbenen nachweisen kann. Diese Vorschriften also will eine Meinung, die als die derzeit herrschende bezeichnet werden kann, erweiternd auf alle möglichen Anwendungsfälle des Bestimmungsrechts über einen Leichnam beziehen. Dagegen sind schwere Bedenken anzumelden.

Die Regelung des Feuerbestattungsgesetzes ist zu starr und schematisch, um allgemein Anwendung finden zu können. Außerdem enthält sie Einzelbestimmungen, die sich mit der Volksanschauung schlechterdings nicht vereinbaren lassen, was ebenfalls gegen eine Erweiterung ihres Anwendungsbereichs spricht.

Mit diesen Einzelbestimmungen ist gemeint, daß in den Kreis der Angehörigen auch Schwiegereltern und Stiefeltern sowie Stiefkinder und Schwiegerkinder einbezogen sind. Dabei wird das den Schwiegereltern, Stiefeltern und Stiefkindern zuerkannte Bestimmungsrecht über den Leichnam noch kein großes Ärgernis erregen

können. Es könnte nämlich nur einem Onkel, einem Vetter oder einem Großneffen des Verstorbenen gegenüber von Wichtigkeit werden. Immerhin dürfte die Regelung des Feuerbestattungsgesetzes schon insoweit wenig volkstümlich sein, denn bei uns zulande wird eine so nahe Blutsverwandtschaft ernster genommen als eine Schwägerschaft; die gesetzliche Erbfolge nach dem BGB schließt nicht ohne Grund außer dem Ehegatten nur Blutsverwandte ein. Geradezu befremdlich wirkt jedoch der hohe Rang, den das Feuerbestattungsgesetz dem Bestimmungsrecht der Schwiegerkinder einräumt. Ein Schwiegersohn hat danach ebensoviel über das Schicksal des Leichnams seines Schwiegervaters zu sagen wie dessen leiblicher Sohn und - was besonders folgenträftig sein kann - mehr als dessen Eltern und Geschwister. Es kann nicht rechtens sein, daß bezüglich des Leichnams eines Mannes, dessen Ehefrau und einziger Sohn vorverstorben sind, die Schwiegertochter den Eltern und Geschwistern des Verstorbenen Vorschriften machen kann, obwohl ihre Ehe mit dem Sohn des Verstorbenen vielleicht nur kurz gewährt hat. Die Vorschrift, die das bestimmt, läßt sich wohl überhaupt nur aus einem praktisch-technischen Bedürfnis im Bereich der Feuerbestattung erklären. Zur Einäscherung bedarf es aus Gründen der Verbrechensbekämpfung einer ordnungspolizeilichen Genehmigung, die ganz kurzfristig nach dem Sterbefall eingeholt werden muß (124). Nun ist es bekanntermaßen bei sehr vielen Ehepaaren so - und weitaus die Mehrzahl der geschäftsfähigen Deutschen ist verheiratet, - daß stets der eine Ehepartner die Behördenangelegenheiten erledigt, weil nur er über die nötige Geandtheit oder Zeit verfügt. Dabei geht man weithin davon aus, daß sich Eheleute gegenseitig vertreten könnten, was für

124) Der Antrag ist nach § 3 Feuerbestattungsgesetz spätestens 24 Stunden vor dem Zeitpunkt der Einäscherung zu stellen, der seinerseits nach landesrechtlichen Vorschriften höchstens vier Tage aufgeschoben werden darf.

viele Fälle ja auch zutrifft. Man könnte also insofern von einem gewissen Bedürfnis dafür sprechen, daß auch Schwiegerkinder die Genehmigung zur Feuerbestattung beantragen können. Freilich kann man zweifeln, ob gerade dieser Umstand dem Gesetzgeber bei der Abfassung des § 2 Feuerbestattungsgesetz vorgeschwebt hat. Immerhin läßt sich die bestehende Vorschrift aus dieser Erwägung zum Teil rechtfertigen. Eine extensive Anwendung dieser Vorschrift auf alle Fälle des Bestimmungsrechts über einen Leichnam kann dagegen nicht gebilligt werden.

Praktische Rücksichten auf das durch das Genehmigungserfordernis notwendig werdende Behördenverfahren scheinen überhaupt bei der Abfassung des § 2 Feuerbestattungsgesetz Pate gestanden zu haben. Wenn binnen kurzer Frist eine Genehmigung zu einer nicht wieder rückgängig zu machenden Verbrennung soll erteilt werden können, dann muß rasch und sicher feststellbar sein, wer berechtigt ist, den nötigen Antrag zu stellen. Daraus wird man es erklären müssen, daß das Recht zur Bestimmung der Bestattungsart in einer so starren und schematischen Rangfolge abgestuft ist und daß bei Meinungsverschiedenheiten unter Gleichberechtigten die Polizeibehörde die Entscheidung treffen darf. Es liegt nämlich auf der Hand und ist bei der Redaktion des Gesetzes gewiß nicht übersehen worden, daß diese starre Rangordnung in Einzelfällen zu beträchtlichen Unbilligkeiten führen kann (125).

Man denke sich beispielshalber folgenden Fall:

Ein Ehemann stirbt, ohne Bestimmungen über das Schicksal seines Leichnams hinterlassen zu haben. Er wird von seiner Mutter beerbt, denn er hat seiner Ehefrau ihren Erbteil und nach § 2335 BGB auch den Pflichtteil entzogen, weil sie einen ehrlosen und unsittlichen Lebenswandel führte. Von der Erhebung der Scheidungsklage hat er nur aus religiösen Gründen abgesehen oder,

125) vgl. Blume S. 394.

um größeres Aufsehen zu vermeiden. In diesem Falle hätte die Ehefrau nach § 2 Feuerbestattungsgesetz die Bestattungsart zu bestimmen und könnte auch gegen den Willen der Mutter und der übrigen Verwandten die Einäscherung des Leichnams durchsetzen, die übrigens nach § 1968 BGB die Mutter zu bezahlen hätte. Fürwahr! Ein unbilliges Ergebnis, und man wird nicht behaupten können, dieser Fall sei an den Haaren herbeigezogen. Daß eine Ehe aus Verschulden eines Gatten völlig zerrüttet ist und eigentlich nur noch de jure weiterbesteht, ist ein gar nicht so seltener Fall. Ähnliche Diskrepanzen können auch auftreten, wenn ein Kind völlig mißraten ist und der Vater, ein Witwer, sich ganz von ihm losgesagt hat. Kurzum, es muß schwerwiegenden Bedenken begegnen, wenn man das Bestimmungsrecht über einen Leichnam von einer schematischen Rangordnung der familiären Beziehungen abhängig machen will. Für den Sonderbereich der Leichenverbrennung mag das unumgänglich sein, eine erweiternde Anwendung der Vorschriften über die Leichenverbrennung auf das Recht am Leichnam überhaupt ist abzulehnen.

Für die sonstigen möglichen Verfügungen über einen Leichnam, insbesondere auch für die Beerdigung, ist es nämlich nicht von so überragender Wichtigkeit, daß der Bestimmungsberechtigte rasch und sicher festgestellt werden kann. Zum einen läßt sich eine Erdbestattung notfalls immer noch rückgängig machen, und zum anderen ist nur bei der Feuerbestattung und bei keinen sonstigen Maßnahmen bezüglich des Leichnams die Staatsautorität unmittelbar beteiligt. Weil ein Behördenverfahren nur dann durch die beantragte Genehmigung abgeschlossen werden kann, wenn der Sachverhalt hinreichend geklärt ist, konnte das Feuerbestattungsgesetz nur solche Beweismittel vorsehen, die, wie z.B. ein Familienstammbuch, rasch vorgelegt werden können. Aus diesem praktischen Grunde wäre es

auch gar nicht möglich gewesen, das Recht, die Feuerbestattung zu beantragen, mit dem Nachweis der Erbennstellung zu verknüpfen. Da es in den meisten Fällen unmöglich ist, binnen drei Tagen nach dem Sterbefall einen Erbschein zu erlangen, hätte das bedeutet, daß es praktisch nur dann zu einer Feuerbestattung hätte kommen können, wenn eine dahingehende formelle Erklärung des Verstorbenen vorlag. Die Regelung des Feuerbestattungsgesetzes gibt also kein entscheidendes Argument her, das dagegen spräche, das Recht am Leichnam grundsätzlich dem Erben zuzuerkennen.

Nach § 1922 BGB übernimmt der Erbe das Vermögen des Erblassers. Zum Vermögen wird man nicht auch das Recht des Menschen bezüglich des eigenen Körpers zählen können (126), anderseits besteht es bekanntlich nicht nur aus farblosen Geldwerten, wie einem Bankkonto oder einer Anzahl Wertpapiere. Das Vermögen umfaßt vielmehr häufig ein Lebenswerk, für das sich der Verstorbene zu Lebzeiten mit allen seinen Kräften eingesetzt hatte. Man denke an einen Handwerksbetrieb oder ein Handelsunternehmen, an ein Haus oder einen sorgfältig gepflegten Schrebergarten. Außerdem gehören zu einem Nachlaß regelmäßig eine Reihe von Dingen, an die der Verstorbene sein Herz gehängt hatte oder die von seinem Fleiß und seiner Kunstfertigkeit zeugen, z.B. eine schwierige Handarbeit oder ein Schmuckstück, eine Ehrenurkunde oder eine Sammlung von Photos oder Pflanzen, Briefmarken oder Schmetterlingen. Derartige Dinge, in denen sich das Leben und Wirken des Verstorbenen widerspiegelt, werden von pietätvollen Erben in Ehren gehalten.

Mit diesen Hinweisen sollte gezeigt werden, daß die Gegenüberstellung unzutreffend ist, nach der den Erben lediglich ein Vermögensvorteil zukommt, während die

126) Allgem. Ansicht vgl. Kipp-Coing § 91 IV 11; Staud.-Böhmer Anm. 150 zu § 1922; Palandt Anm. 2 zu § 90; Erman-Böhle-Stamschräder Anm. 7 zu § 90; Josef in Recht 1905 S. 104.

wesentlich von Pietätsvorstellungen beeinflussen Entscheidungen den Angehörigen vorbehalten bleiben müßten. Es ist eine grundsätzliche Entscheidung unseres Gesetzgebers, daß ein Sohn, der ^{auf} Pflichtteil gesetzt ist, es tatenlos mit ansehen muß, wenn sein Bruder, der Alleinerbe geworden ist, das Lebenswerk des verstorbenen Vaters ruiniert und verkommen läßt und Dinge mißachtet und verschleudert, die dem Vater lieb und teuer gewesen sind. Die Erbenstellung gewährt eben nicht nur einen Vermögenszuwachs, - der übrigens ja auch negativer Art sein kann - sondern beruft den Erben auch zum Hüter der Gegenstände und Beziehungen, an die das Andenken an den Verstorbenen stets neu anknüpft. Diese Stellung des Erben als "Vertreter" oder "Organ" des Toten kommt insbesondere in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Auflage zum Ausdruck.

Wenn der Erblasser testamentarisch einen Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichtet hat, ohne zugleich einem anderen ein Recht auf die Leistung zu gewähren (§ 1940 BGB), so kann die Vollziehung dieser Auflage nach § 2194 BGB nur von dem Erben, dem Miterben und demjenigen verlangt werden, dem der Wegfall des mit der Auflage ~~zunächst~~ zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. Diese Vorschrift ist in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches Gegenstand von Auseinandersetzungen gewesen (127). Es hat dazu ein Antrag vorgelegen, der das Recht, die Vollziehung einer Auflage zu fordern, auch auf die Pflichtteilsberechtigten ausgedehnt wissen wollte. Das hätte praktisch bedeutet, daß alle nächsten Angehörigen die Vollziehung einer Auflage hätten verlangen können. Dieser Antrag wurde aber von der Mehrheit abgelehnt mit der Begründung, daß es dem Willen des Erblassers

127) vgl. Protokolle Bd. V S. 245; Mugdan Bd. V S. 641, sowie auch S. 113.

schwerlich entspreche, Personen, die er von der Erbfolge ausgeschlossen habe, gewissermaßen zu Vollstreckern der Verfügung zu machen. Um die Tragweite dieser Entscheidung zu erfassen, muß man sich vor Augen halten, was üblicherweise Gegenstand von Auflagen ist. Man findet da Anordnungen vor, ein Tier bis an sein natürliches Lebensende zu unterhalten, Blumen zu pflegen oder überhaupt einen bestimmten Zustand zu wahren. Die weitaus häufigsten Auflagen betreffen jedoch den Ort und die Art der Bestattung sowie die Grabespflege. Wenn eine derartige Anordnung in einem Testament enthalten ist, ohne daß ersichtlich wäre, wer sie zu vollziehen hat, dann gilt kraft der Verweisung in § 2192 BGB die Regelung des § 2147 BGB: der Erbe ist beschwert. Ein auf Pflichtteil gesetzter nächster Angehöriger kann die Durchführung dieser Auflage nicht verlangen.

Wenn es aber das Gesetz einem Angehörigen, der nicht Erbe geworden ist, verwehrt, den klar erwiesenen Willen des Verstorbenen zu seinem eigenen zu machen und durchzusetzen, dann darf als sicher angenommen werden, daß ein solcher Angehöriger erst recht keine selbständigen Bestimmungen treffen kann. Das Bestimmungsrecht muß daher dem Erben zustehen, weil er im Bürgerlichen Gesetzbuch mit so umfassenden Rechten ausgestattet ist, daß er als Gesamtnachfolger des Verstorbenen erscheint.

Für das Bestimmungsrecht des Erben enthält auch der § 1698 b BGB (128) einen gewichtigen Hinweis. Nach dieser Vorschrift haben die Eltern eines minderjährigen Kindes nach dem mit dem Tode des Kindes verbundenen Ende der elterlichen Gewalt noch diejenigen Geschäfte zu besorgen, die nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden können. Das sollen sie aber nur solange tun, bis der "Erbe anderweit Fürsorge treffen kann"

128) für die bis zum 30. VI. 1958 gültige Fassung vgl. §§ 1683, 1686 BGB.

Diese Vorschrift betrifft die Vermögens- und auch die Personensorge (129), wie Wortlaut und Stellung im Gesetz und insbesondere ein Vergleich mit dem vorstehenden § 1698 a BGB deutlich ergeben. Geschäfte aus dem Bereich der Personensorge können nach dem Tode des Kindes eigentlich nur noch den Leichnam betreffen. Aus § 1698 b BGB läßt sich also ablesen, daß über den Leichnam eines 19-jährigen Sohnes, der testamentarisch seine Braut oder seinen Bruder zum Alleinerben eingesetzt hat, die Eltern nicht bestimmungsberechtigt sind und hinter dem Erben zurücktreten müssen, obwohl sie doch als die nächsten Familienangehörigen anzusprechen wären.

Die Norm des § 1698 b BGB kann noch in einer weiteren Hinsicht für das Leichenrecht von Bedeutung sein. Sie trägt einem echten gesetzgeberischen Bedürfnis Rechnung, indem sie anordnet, daß die Eltern eines minderjährig verstorbenen Kindes die Bestattung (gewiß ein Geschäft, das keinen Aufschub duldet!) regeln dürfen, wenn der Erbe zunächst nicht bekannt oder nicht zur Stelle ist. Es wäre zu erwägen, ob diese Vorschrift eine ausdehnende Anwendung auf Verhältnisse zwischen erwachsenen Kindern und Eltern in beiderlei Richtung und auf die Ehe leidet. Hier besteht zwar unter Lebenden kein Personensorgerecht im Sinne von § 1631 BGB, praktisch wird aber doch gewöhnlich ein gewisses Sorge-, Aufsichts- und Erziehungsrecht in Anspruch genommen und ausgeübt. Entscheidend für die Anwendung des Rechtsgedankens des § 1698 b BGB dürfte ins Gewicht fallen, daß ein dringendes Bedürfnis und die allgemeine Auffassung dafür sprechen, daß nächste Angehörige die Beerdigung besorgen dürfen, bevor der Erbe bekannt ist.

Dazu, daß letztlich und eigentlich der Erbe über das Schicksal eines Leichnams zu befinden hat, stellt auch der § 1968 BGB ein Argument dar. Diese Vorschrift

129) vgl. Staud.-Engelmann Anm. 2 zu § 1683.

bestimmt, daß der Erbe die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers zu tragen hat. Die Motive (130) bemerken dazu, das verstehe sich eigentlich von selbst, die Vorschrift sei nur notwendig, um klarzustellen, daß diese Verpflichtung des Erben zu den Nachlaßverbindlichkeiten rechne. Nun liegt die Vermutung nahe, daß derjenige, der die Kosten trägt, auch Ort, Art und Zeitpunkt der Bestattung festlegen darf. Wollte man das Bestimmungsrecht einer anderen Person oder einem größeren Kreis von Personen zusprechen, so hieße das die Wurzel legen für mögliche Streitigkeiten zwischen dem Kostenpflichtigen und demjenigen, der die Höhe der im Gesetz nicht genau festgelegten Kosten beeinflussen kann. Außerdem würde sich damit das weitere, schwerlich befriedigend zu lösende Problem auftun, nach welchen Grundsätzen der Kreis der alsdann Bestimmungsberechtigten abzustecken wäre. Wenn bei einer unausweichlich notwendigen Unternehmung nicht sicher feststeht, wem die Leitung zukommt, dann sprechen Rechtsgefühl und praktische Gründe dafür, die Leitung demjenigen zuzubilligen, der die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen muß. (131) Diesem Schluß setzt Josef entgegen (132), ebenso wie die Unterhaltspflicht und das Personensorgerecht nicht selten auseinanderfielen, sei mit der Pflicht, die Kosten der Beerdigung zu bezahlen, nicht ohne weiteres das Recht verbunden, über die Bestattung zu bestimmen. Mit diesem Einwand ist höchstens dargetan, daß man von der Kostenpflicht allein nicht zwingend auf das Bestimmungsrecht schließen kann, mehr nicht. Aus der Kostenpflicht soll aber ohnehin nur eine Vermutung für das zugehörige Recht hergeleitet werden.

130) vgl. Motive Bd. V S. 535; Mugdan Bd. V S. 286.

131) vgl. Specovius a.a.O. S. 344.

132) vgl. Recht 1905 S. 103; ebenso Blume AcP Bd. 112 S. 374.

Ebensowenig stichhaltig ist folgendes von Blume (133) vorgetragene Argument: Nach § 844 BGB habe ein Mörder die Kosten der Beerdigung seines Opfers zu tragen. Darum könne man ihm aber doch nicht das Recht zuerkennen, Ort und Art der Bestattung zu bestimmen. Auf die Kostentragungspflicht könne es also keinesfalls ankommen. Dazu ist zu sagen, daß nach § 844 BGB nur die Kosten der Beerdigung demjenigen zu erstatten sind, "welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen". Es ist hier also nur eine Kostenersatzpflicht normiert, wie bereits Bauer (134) richtig bemerkt hat. Wenn im Einzelfall jemand dem Erben die Kosten der Beerdigung erstatten muß, so ändert das nichts an der Tatsache, daß in erster Linie der Erbe diese Kosten zu tragen hat. Die Regelung des § 1968 BGB spricht also auch dafür, daß dem Erben das Bestimmungsrecht über den Leichnam zusteht.

Es kann alsdann festgestellt werden, daß die dem Bürgerlichen Gesetzbuch gemäße Lösung der Frage, wer über das Schicksal eines Leichnams zu bestimmen habe, die ist, dieses Recht dem Erben zuzuerkennen.

Die entgegenstehende Ansicht, daß das Bestimmungsrecht über die Leiche unabhängig von der Frage nach dem Erben den Hinterbliebenen zustehe, ist einmal vom Reichsgericht (135) auf die Vorschrift § 455 im II. Teil Titel 11. des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 gestützt worden.

Diese Vorschrift, die den "Hinterbliebenen" die Wahl des Begräbnisplatzes anheimgibt, ist seit dem 1. Januar 1900 nicht mehr gültig. Nach Art. 55 EGBGB sind alle

133) vgl. AcP Bd. 112 S. 374; ebenso Phillipsborn in JW 1930 S. 1554.

134) vgl. S. 9; außerdem enthält das Gesetz noch eine Anzahl von Verpflichtungen, hilfsweise für die Kosten einzustehen, vgl. §§ 1615 II, 1360 a III, 1713 II, 528 I 3 BGB, § 69 II Ehegesetz.

135) vgl. JW 1915 S. 595.

privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten, soweit im BGB und im EGBGB nicht etwas anderes bestimmt ist. Das Bestimmungsrecht über den Leichnam gehört ohne Frage dem Privatrecht an. Daß das auch die Ansicht des BGB-Gesetzgebers war, kann aus Art. 133 EGBGB geschlossen werden. Nach dieser Bestimmung bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Benutzung eines Platzes auf einer öffentlichen Begräbnisstätte unberührt. Man hat also dieses Recht als privatrechtlicher Natur angesehen, sonst wäre die Aufnahme dieser Bestimmung in den Katalog des EGBGB nicht verständlich. Wer aber das Recht an einer Begräbnisstätte für ein zivilrechtliches hält, kann nicht gleichzeitig das Recht am Leichnam als öffentlichrechtliches ansehen. Die Vorschrift des § 455 II 11 ALR ist also durch Art. 55 EGBGB außer Kraft gesetzt worden, denn ihre Weitergeltung ist nirgends ausdrücklich bestimmt. Das Reichsgericht ist auf seine im Jahre 1915 gegebene Begründung, soweit ersichtlich, auch nicht mehr zurückgekommen (136).

Eine Reihe von Autoren will ein Gewohnheitsrecht dafür annehmen, daß die Bestimmungen über einen Leichnam den Hinterbliebenen und nicht unbedingt den Erben vorbehalten seien (137). Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es dürfte nämlich nicht möglich sein, eine dahingehende allgemeine feste Rechtsüberzeugung nachzuweisen. Wie eingangs dieses Kapitels dargelegt wurde, waren in den ersten Jahrzehnten in der Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Stimmen für ein Bestimmungsrecht des Erben mindestens ebenso zahlreich und gewichtig wie die Gegenstimmen. Wenn sich späterhin die Ansicht mehr durchgesetzt hat, daß das Recht

136) vgl. insbesondere RGZ 154 S. 269 ff.

137) vgl. Blume AcP Bd. 112 S. 398 ff.; Josef JW 1925 S. 2109, JR 1929 S. 85; Bauer S. 14; Berger S. 24; Böhne S. 150.

den Angehörigen zukomme, so ist damit noch kein Gewohnheitsrecht begründet. Dafür daß hier ein allgemeiner und fester Rechtsgeltungswille Platz greifen könnte, ist die Rechtsfrage viel zu undurchsichtig und verwickelt, der Tatbestand in der Rechtspraxis zu selten, wie Wicke (138) den Behauptungen Josefs mit Recht entgegengehalten hat.

Zudem sind sich die oben genannten Autoren, die das Bestimmungsrecht des Erben durch Gewohnheitsrecht ausgeschlossen wissen wollen, auch nur im Negativen einig. Über die Frage, wer denn positiv über die Bestattung bestimmen dürfe, vertreten sie abweichende Ansichten. Josef und Bohne wollen (139) die Nähe der verwandtschaftlichen und familiären Beziehungen nach einer festen Rangordnung entscheidend sein lassen; sie betonen ausdrücklich, daß eine eventuell vorliegende Entfremdung gegenüber dem Verstorbenen unbeachtlich sei. Diese Ansicht ähnelt damit der von Völkers (140), wonach die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die gesetzliche Erbfolge maßgebend sein sollen. Völkers gesteht dazu ein, für die Richtigkeit seiner Ansicht gebe es zwar keinen sicheren Anhaltspunkt, es spreche aber auch nichts dagegen. Mit diesen Meinungen wird eine starre und schematische Rangordnung postuliert und der Buntheit des Lebens in keiner Weise Rechnung getragen, indem typische Beziehungen zwischen Menschen absolut gesetzt werden. Ein Gewohnheitsrecht kann dafür gewiß nicht in Anspruch genommen werden.

Demgegenüber meint eine zweite Gruppe der erwähnten Autoren, das Bestimmungsrecht müsse von der Nähe und Wärme der persönlichen Beziehungen zu dem Verstorbenen abhängen. Ein naher Angehöriger, der mit dem Verstorbenen zerfallen war, sei daher nicht berufen. (141). Etwa

138) vgl. JR 1929 S. 174; ebenso Weiser S. 41.

139) Josef JR 1929 S. 85, Bohne S. 154.

140) vgl. Völkers in Recht 1916 S. 250.

141) vgl. Blume S. 393; Bauer, S. 15, 47; Berger S. 27; ebenso: Specovius JW 1925 S. 344; Philipsborn JW 1930 S. 1553.

im Sinne dieser Auffassung hat sich auch einmal das Reichsgericht ausgesprochen (142), indem es empfahl, die Zuständigkeitsregelung des § 2 Feuerbestattungsgesetz nur mit der Maßgabe erweiternd anzuwenden, daß das Verfügungsrecht über den Leichnam dem Angehörigen nicht zukommen dürfe, dem es nach dem Willen des Verstorbenen offenbar nicht zustehen sollte. Mit dieser Auffassung nähert man sich im Ergebnis dem Bestimmungsrecht des Erben. Denn worin sollte sich eine Entfremdung zwischen dem Verstorbenen und einem nahen Angehörigen deutlicher manifestieren als in einem Ausschluß von der Erbschaft? Auf irgendwelche greifbaren Indizien für eine Entfremdung ist diese Ansicht nämlich angewiesen, denn die Wärme und Nähe persönlicher Beziehungen ist als solche nicht meßbar und nach dem Sterbefall vielfach kaum erweislich.

Übrigens dürfte man diesen persönlichen Beziehungen auch nur innerhalb des Kreises der nahen Familienangehörigen Bedeutung beilegen. Wollte man sie kategorisch als einziges Kriterium werten, so könnte das im Einzelfall zu dem eigenartigen Ergebnis führen, daß nicht die Kinder und Erben, sondern etwa der Kegelfreund oder die Mätresse eines Verstorbenen das Bestimmungsrecht über den Leichnam innehätten.

De lege ferenda betrachtet dürfte die glücklichste Lösung der Frage nach dem Bestimmungsberechtigten über den Leichnam in der Richtung liegen, daß grundsätzlich die nächsten Familienangehörigen in der Rangfolge der §§ 1924 - 1931 BGB berufen sind, wobei im Einzelfall der Wille des Verstorbenen eine Abänderung dieser Rangfolge bewirken kann. Da aber erfahrungsgemäß ein Verstorbener meistens keine deutlichen Bestimmungen darüber hinterläßt, wem er das Schicksal seines Leichnams überantworten wolle, wohl dagegen die Rangfolge in sein Vermögen entsprechend der besonderen Lage

142) vgl. DJ 1937 S. 864.

seiner persönlichen Beziehungen zu seinen Angehörigen testamentarisch modifiziert, bietet sich die Erbenstellung als der gegebene Anknüpfungspunkt für das Bestimmungsrecht an. Das liegt um so näher, als der Erbe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ohnehin der Hüter und Währer fast aller fortdauernden Persönlichkeitswerte des Verstorbenen sein muß (143).

Abschließend ist noch auf einige weitere Argumente einzugehen, die bei fast allen den Autoren anzutreffen sind, die das Bestimmungsrecht am Leichnam nicht dem Erben, sondern "den Angehörigen" oder den "Hinterbliebenen" zubilligen wollen. Es handelt sich um die Vorschriften § 189 StGB und § 22 KUG, in denen die Ehre eines Verstorbenen geschützt und die Befugnis zur Veröffentlichung von Abbildungen einer Person geregelt sind. Diese Paragraphen, in denen beidemal den "Angehörigen" Befugnisse eingeräumt werden, haben mit dem Leichnam unmittelbar nichts zu tun. Sie betreffen Berichte, Dokumente und Erinnerungen, die den Tod der Person überdauern und ganz unabhängig vom Leichnam fortbestehen. In der Vorschrift des Strafgesetzbuches, die dem Schutz des Leichnams und der Totenruhe dient (§ 168), ist von "dem Gewahrsam des Berechtigten" und nicht von Angehörigen die Rede. Den Begriff "Angehörige" definieren die genannten Vorschriften auch in verschiedener Weise: nach § 189 StGB sind es die Eltern, die Kinder, der Ehegatte und die Geschwister des Verstorbenen und nach § 22 KUG der überlebende Ehegatte und die Kinder des Abgebildeten, und wenn weder ein Ehegatte noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten.

Um die Tragweite dieser Bestimmungen abzuschätzen, ist es zweckmäßig, sich in die Lage des Gesetzgebers zu versetzen. Auch wenn man davon ausgeht, daß allein dem Erben ein Bestimmungsrecht über den Leichnam zu-

143) vgl. oben S. 82 - 83 und wegen des Übergangs der Rechte an geistigen und künstlerischen Leistungen S. 64 Anm. 94.

kommt, so hindert das keineswegs, die Befugnis, den Strafantrag nach § 189 StGB zu stellen, einem größeren Kreis von Angehörigen zu gewähren. Es ist wünschenswert und sinnvoll, daß möglichst alle nächsten Angehörigen diesen Strafantrag stellen können, weil sie durch Verunglimpfungen des Andenkens des Verstorbenen in hohem Maße selbst betroffen sind. Wenn jemand hört, wie in seiner Gegenwart ein verstorbener naher Angehöriger verunglimpft wird, so muß er sich dagegen zur Wehr setzen. Er würde sich sonst dem persönlichen Vorwurf aussetzen, daß er sich so etwas gefallen lasse. Man darf daher sagen, daß die Rechtsordnung jedem eine Handhabe verschaffen mußte, den Schutz der Ehre verstorbener naher Angehöriger zu betreiben. Daß bezüglich des Leichnams ein ähnlich dringendes Bedürfnis bestehe, einem jeden nahen Angehörigen ein Mitspracherecht bei Fragen der Bestattung usw. einzuräumen, kann nicht zugegeben werden. Die Vorschrift des § 189 StGB kann sodann höchstens noch insofern gegen die hier vertretene Auffassung sprechen, als in ihr der Erbe nicht neben den Angehörigen auch genannt ist. Diesem Umstand kommt aber wohl keine große Bedeutung zu. Die Nichterwähnung des Erben muß vielleicht eher als ein Redaktionsversehen erklärt werden, das leicht unterlaufen konnte, weil in fast allen Fällen der Erbe mit mindestens einem der aufgeführten Angehörigen identisch ist: Wenn ein Verstorbener keine Angehörigen im Sinne von § 189 StGB hinterlassen hat und von einem Pflegekind beerbt worden ist, das mit ihm in häuslicher Gemeinschaft gelebt hatte, so wird man doch nicht annehmen dürfen, daß das Andenken eines solchen Verstorbenen ungestraft verunglimpft werden dürfe. Diese kaum hinnehmbare Folge ergäbe sich jedoch bei strikter Anwendung des § 189 StGB. Die mithin wenig glückliche Fassung dieses Paragraphen kann kein hinreichender Grund sein, das Bestimmungsrecht am Leich-

nam dem Erben abzusprechen. Es ergibt sich im Gegenteil aus den letzten Erwägungen ein gewisses Argument für diese Lösung. Man mag im Sinne der Gegenmeinungen den Begriff der Familienangehörigen noch so weit fassen, es wird immer einmal der Fall eintreten können, daß jemand ohne Hinterlassung solcher Angehöriger stirbt. Das bedeutet dann, daß überhaupt kein ausschließliches Bestimmungsrecht bestünde, und in der weiteren Konsequenz, daß jeder Beliebige Bestimmungen und Maßnahmen bezüglich des Leichnams dieser Person treffen könnte, ohne gegen die Rechtsordnung zu verstoßen. - Auf der anderen Seite ist dafür gesorgt, daß kein Deutscher ohne Erben sterben kann (vgl. §§ 1924 - 1931, 1937, 1936 BGB).

Bei dem nun noch etwas näher zu erörternden § 22 Satz 3 und 4 KUG handelt es sich um eine Vorschrift, die in besonderem Maße auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs zugeschnitten ist. Wenn beim Tode eines angesehenen Bürgers die Lokalzeitung zu einer Würdigung der Verdienste des Verstorbenen sein Bild veröffentlichen will, so wäre es mißlich, wenn sie dafür erst den Erben ausfindig machen müßte. Es war schon zweckmäßiger, hier die Einwilligung ganz bestimmter und weniger Angehöriger genügen zu lassen. Bezüglich des Rechts am Leichnam kommt solchen Rücksichten auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs keine so große Bedeutung zu. Hier handelt es sich vorwiegend um eine Abgrenzung zwischen Angehörigen, denen gewöhnlich die Verhältnisse weitgehend bekannt sind.

Im übrigen wird man grundsätzlich sagen müssen: wenn es gilt, eine Regel zivilrechtlichen Inhalts zu finden, die nicht ausdrücklich normiert ist, dann sind Schlüsse aus allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches tragfähiger als solche aus abgelegenen Sondervorschriften in Nebengesetzen. Endlich wird gegen eine Beschränkung des Bestimmungsrechts am Leichnam auf den Kreis der Erben eingewendet,

eine Ausschließung nächster Angehöriger von der Erbschaft erfolge nicht selten aus anderen Gründen als dem, daß der Erblasser mit diesen Angehörigen zerfallen sei. Diese unbestreitbare Tatsache bewegt offenbar alle Verfechter des Rechts der Angehörigen, wenn das auch selten deutlich ausgesprochen wird. Die Härten, die auftreten können, wenn ein Erblasser z.B. geglaubt hat, nur einen Abkömmling zu seinem Erben einsetzen zu dürfen unter Umgehung der Witve und der übrigen Kinder, werden aber in manchen anderen Hinsichten viel krasser zu Tage treten als bezüglich des Leichnams.

Wer an solchen möglichen Härtefällen Anstoß nimmt, muß seine Kritik gegen die BGB-Regelung des Pflichtteils richten. Nach § 2303 BGB hat ein Pflichtteilsnehmer nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben auf Zahlung der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Diese Regelung hat in der Kommission für die zweite Lesung Anlaß zu erregten Debatten gegeben (144). Es lag ein Abänderungsantrag vor, der ein Erbrecht der Pflichtteilsnehmer nach Maßgabe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils vorsah. Zur Begründung dieses Antrages wurde ausgeführt, der Entwurf entspreche nicht dem Volksbewußtsein und sei eine juristisch-technische Neuerung. Kinder dürften nicht Gläubiger, sondern müßten Miterben sein. Diesen gewichtigen Argumenten hatte die Mehrheit nur nüchternpraktische Erwägungen entgegenzusetzen, indem sie Wert auf eine einfache Lösung legte, weil das Leben eben weitergehe. Auf diese grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers ist es zurückzuführen, wenn nächste Angehörige eines Verstorbenen mitunter keine Handhabe haben, den Erben zu Maßnahmen im Sinne des Verstorbenen anzuhalten. Allerdings sollte man die Härten, die sich insoweit ergeben können, auch nicht übermäßig dramatisieren. Ein Erblasser, der sein Lebenswerk und alle Gegenstände, die ihm lieb und teuer

144) vgl. Mugdan, Materialien, Bd. V S. 763 ff.

waren, in die Hände nur eines einzigen Anverwandten gelegt hat, sollte sich der damit verbundenen Gefahren bewußt gewesen sein und seine Wahl nicht blindlings getroffen haben. Wenn die nicht berücksichtigten übrigen Angehörigen dazu neigen, die Maßnahmen des Erben zu bekritteln und zu bejammern, so erklärt sich das vielfach aus Neidgefühlen.

Außerdem darf noch erwähnt werden, daß sich eine völlige Ausschließung nächster Angehöriger von der Erbschaft bei gutem Willen des Erblassers und ungetrübtem Verhältnis zu ihm immer vermeiden ließe. Sie wird meistens für notwendig gehalten, wenn der Nachlaß hauptsächlich aus einem nicht aufteilbaren Vermögenskomplex besteht, z.B. einem Handwerksbetrieb, einer Beteiligung an einer OHG, einem Handelsgeschäft, das nur eine Familie zu ernähren vermag, oder einem Bauernhof (145). Wenn der Erblasser in solchen Fällen den Hauptbestandteil seines Vermögens nur einem Abkömmling zuwenden will, dann braucht er darum aber noch nicht seine übrigen gesetzlichen Erben auf Pflichtteil zu setzen. Er kann sie zu einem dem Pflichtteil entsprechenden Anteil als Erben einsetzen, was allerdings wegen § 2304 BGB ausdrücklich geschehen müßte, und im übrigen seinem Willen durch Teilungsanordnungen nach § 2048 BGB Geltung verschaffen. Wenn ein Erblasser diesen Weg nicht gewählt hat, können daraus zwar Unbilligkeiten für einzelne Angehörige erwachsen, aber gewiß am seltensten wegen des Leichnams des Verstorbenen.

145) vgl. übrigens die vorbildliche Regelung in § 4 der Höfeordnung.

4.) Das Bestimmungsrecht des Erben ist Eigentum.

Das absolute Recht des Menschen bezüglich des eigenen Körpers geht, wie oben erkannt wurde, mit dem Sterbefall auf den Erben über. Dem Erben steht also ein umfassend geschütztes subjektives Recht gegen jedermann zu, das etwas Körperliches und außerhalb des Berechtigten Stehendes zum Beziehungsgegenstand hat. Dieses Recht des Erben, das man üblicherweise als Bestimmungsrecht über den Leichnam bezeichnet, ist kein Persönlichkeitsrecht mehr, denn es bezieht sich weder auf die Person des Berechtigten noch auf höchstpersönliche Äußerungen und Leistungen seinerseits. Es gleicht vielmehr den dinglichen Rechten, denn es besteht aus einem gegen jedermann gerichteten Rechtsgebot von negativ bestimmtem Inhalt und einer Aussage über eine Zuordnung. Sein Inhalt läßt sich dahin beschreiben, daß der Erbe B den Leichnam seines Erblassers A von niemandem antasten zu lassen braucht.

Da nun unserem Bürgerlichen Gesetzbuch der Grundsatz der geschlossenen Zahl der Zuordnungsrechte eigen ist (146), drängt sich die Vermutung auf, daß das Recht des Erben am Leichnam als Eigentumsrecht einzuordnen ist.

Wenn das Recht am Leichnam Eigentum sein soll, müßte der Leichnam eines toten Menschen Sache im Sinne von § 90 BGB sein (vgl. § 903 BGB). Ob das der Fall ist, ist in der Rechtswissenschaft umstritten. Teilweise wird behauptet, das Persönlichkeitsrecht des Menschen, das auch nach dem Tode fort dauere, schließe es aus, den Leichnam als Sache einzustufen. Er sei daher als Rest der Persönlichkeit zu behandeln (147).

146) vgl. Westermann, Sachenrecht S. 20.

147) vgl. Rausnitz, Recht 1903 S. 593; Schreuer S. 262; Josef, Gruchot 65 S. 304, JW 1925 S. 2109, LZ 1926 Sp. 106; Meyer S. 13; Becker JR 1951 S. 328; Dotterweich JR 1953 S. 174; Hubmann, Persönlichkeitsrecht S. 246; Enn.-Kipp-Coing § 91 IV 11; Erman § 90 Anm. 8; LG Bonn JW 1928 S. 2296 und zu § 303 StGB: OLG Hamburg DJZ 1929 S. 718; RGSt Bd. 64 S. 313.

Überwiegend nimmt man aber an, die besondere Ausnahme-
stellung, die dem Körper eines lebenden Menschen zu-
kommt, lasse sich für den Leichnam nicht mehr auf-
rechterhalten, da der Mensch als Rechtssubjekt mit
dem Tode weggefallen sei. Der Leichnam sei daher Sache
im Rechtssinne, da es ein Mittelding zwischen Rechts-
subjekt und Rechtsobjekt nicht gebe (148). Dieser
Ansicht ist zu folgen. Darin, daß man die Leiche als
Sache bezeichnet, liegt keine Wertung, sondern nur
eine formale Einordnung in das gegebene Rechtssystem.
Es schließt sich keineswegs aus, daß die Leiche zu-
gleich Rückstand der Persönlichkeit und Sache im
Rechtssinne ist. Die Tatsache, daß die Leiche allge-
mein als "Sinnbild der Totenverehrung" betrachtet
wird und nicht als ein dem Menschen dienender Vermö-
gensgegenstand, schlägt sich darin nieder, daß die
guten Sitten rechtsgeschäftliche Verfügungen über
den Leichnam weitgehend ausschließen. Die im Volke
vorherrschenden Gefühle für Pietät und Anstand hat
das Bürgerliche Gesetzbuch über § 138 berücksichtigt,
sie wirken nicht unmittelbar auf die formale Begriffs-
struktur des Gesetzes. Der Leichnam muß Sache sein,
weil er nicht mehr integrierender Bestandteil einer
Person ist, denn der in § 90 BGB fixierte Sachbegriff
umfaßt schlechthin alles, was dem Menschen körperlich
und abgegrenzt entgegensteht.
Alsdann steht nur noch ein Hindernis dafür im Wege,
das Recht am Leichnam als Eigentum einzuordnen. Es
fehlt an einem ausdrücklichen Erwerbstatbestand im
Gesetz, aus dem der Erbe sein Eigentum herleiten könnte.

148) vgl. Gareis, Fests. S. 65, 92 f.; Sandheim Recht
1905 S. 43; Schwerin, Seuff. Bl. Bd. 70 S. 662;
v. Alvensleben S. 25, 48; Johnsen S. 57; Hegemann
S. 24; v. Blume AcP Bd. 112 S. 375; Oertmann LZ 1925
S. 513, Komm. Vorbem. 6 e γ vor § 90; Oppenheimer
LZ 1928 Sp. 1534; Fromm S. 5; Weiser S. 21 ff.;
Bohne S. 131; Berger S. 12 ff.; Brunner NJW 1953
S. 1173; Leonhard Anm. IV zu § 1968; Planck Vorbem.
2 a vor § 90; Staud.-Coing Anm. 5 zu § 90; Palandt
Vorbem. 4 b vor § 90; Enn.-Nipp. § 121 II 1.

Darin liegt insofern eine Schwierigkeit, als das Bürgerliche Gesetzbuch eine Anzahl möglicher Erwerbstatbestände nennt (§§ 929 ff.) und diese Aufzählung die Vermutung der Vollständigkeit für sich hat. Aus verschiedenen Gründen kann aber auf eine echte Gesetzeslücke hinsichtlich des Eigentumserwerbs am Leichnam geschlossen werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt den ganzen Bereich des Persönlichkeitsrechts nur andeutungsweise. So fehlt auch eine an sich notwendige Vorschrift für den Eigentumserwerb an abgetrennten Körperteilen. Insbesondere aber enthält das Gesetz für das Schicksal des Leichnams keine einschlägigen Vorschriften. Es sei nun einmal die Rechtslage betrachtet, die sich ergäbe, wenn man einen unmittelbaren Eigentumserwerb im Moment des Todes nicht herleiten könnte.

Dann wäre der Leichnam zunächst eine herrenlose Sache. Das kann aber schwerlich der Wille des Gesetzgebers sei. Herrenlose Sachen sind, wie schon der Name zeigt, Dinge, die entweder noch nie der rechtlich anerkannten Gewalt eines Menschen unterlegen haben, oder die von einem Menschen ausdrücklich derelinquiert worden sind. Die Annahme, daß der Leichnam eines Menschen von Natur aus herrenlos, d.h. eigentlich dem Zugriff aller preisgegeben sei, muß abwegig erscheinen, auch wenn es gelingen sollte, die eigentlichen Folgen dieser Annahme durch zusätzliche Postulate abzuwenden. Diese zusätzlichen Postulate, die gemacht werden, um zu vermeiden, daß sich wildfremde Menschen (jedenfalls theoretisch) den Leichnam aneignen können, sind zudem höchst angreifbar.

Einzelne Autoren versuchen ein ausschließliches Aneignungsrecht der Erben bzw. Angehörigen einzuführen (149). Das ist eine Hilfskonstruktion, für die sich im Gesetz nicht der leiseste Anhaltspunkt findet, es

149) vgl. Schwerin Seuff.Bl. Bd. 70 S. 664; Erman-Böhle-Stamschräder Anm. 8 zu § 90.

sei denn, man wertet die Aneignungsrechte der Fischerei- und Jagdberechtigten als solche. Gegenüber dieser gekünstelten Zweckbildung wäre der glatten Lösung des Erbeneigentums der Vorzug zu geben.

Vielfach wird auch behauptet, ein Leichnam sei einer Aneignung nicht zugänglich, weil an ihm schlechterdings keine Eigentumsrechte möglich seien (150). Diese Lehre läßt sich durch den Hinweis erschüttern, daß an präparierten menschlichen Skeletten, an alten Mumien und an Moorleichen offenbar Eigentumsrechte möglich sein müssen. Sie ließe sich also höchstens mit Einschränkungen aufrechterhalten, die eine schwierige und kaum genau bestimmbare zeitliche Begrenzung bedingen würden.

Die Begründungen, die für die These, daß an Leichen keine Eigentumsrechte begründet werden können, gegeben werden, sind meistens knapp gehalten. Gewöhnlich findet man nur die Behauptung, daß Eigentumsrechte des Erben oder der Angehörigen gegen das sittliche Empfinden verstießen. Dem liegt die Auffassung zugrunde, daß das Wesen des Eigentumsrechts in einer unbeschränkten Einwirkungsbefugnis auf die Sache liege. Demgegenüber wird hier die Ansicht vertreten, daß das Eigentumsrecht wesentlich aus einem Bündel von gegen jedermann gerichteten Abwehrrechten bezüglich der Sache besteht. Aus diesem Recht gegen jedermann ergibt sich zwar regelmäßig folgeweise, daß der Berechtigte mit der Sache seinerseits nach Belieben verfahren darf, diese Befugnis gehört aber nicht eigentlich zum Wesen des Eigentumsrechts. Dafür lassen sich Beispiele anführen:

1.) Wenn jemand einen großen Vorrat an Lebensmitteln zu eigen hat, dann bleibt sein Recht, andere Personen von diesem Vorrat auszuschließen und fernzuhalten,

150) vgl. Kramer S. 52; Cramer S. 35; Schultheis S. 34; v. Alvensleben S. 49; Johnsen S. 69; Fromm S. 22; Bohne S. 154; Berger S. 13; RG-Seuff. Bl. Bd. 70 S. 14; Planck Vorbem. 2 a vor § 90; Staud.-Coing Anm. 4 zu § 90; Palandt Einf. 4 b vor § 90; Enn.-Nipp. § 121 II

auch dann bestehen, wenn im Lande eine große Hungersnot herrscht. Wenn aber der Eigentümer mit seinen Lebensmitteln in der Weise nach Belieben verfahren wollte, daß er den ganzen großen Vorrat sinn- und zwecklos vernichtete, etwa verbrennte, so könnte er sich dafür nicht mehr auf eine rechtliche Befugnis berufen.

Rechtmäßig handelte nicht mehr der Eigentümer, sondern eher schon derjenige Hungernde, der etwa aus dem Brand angesengte Lebensmittel für sich beiseite schaffte.

2.) Wenn die Naturschutzbehörde einen alten Baum in die Liste der Naturdenkmale aufnimmt, dann schrumpft die Einwirkungsbefugnis des Eigentümers auf diesen Baum so sehr zusammen, daß er ihn kaum noch antasten darf (151). Trotzdem bleibt er nach wie vor Eigentümer, weil das Abwehrrecht gegen jedermann unberührt geblieben ist. Die Einwirkungsbefugnis, die das sittliche Empfinden dem Erben für den Leichnam seines Erblassers läßt, dürfte übrigens umfassender sein als die, die das Naturschutzgesetz dem Grundstückseigentümer für seinen Baum läßt.

Weil also das Eigentumsrecht gar nicht so sehr die Einwirkungsbefugnis auf die Sache zum Inhalt hat, ist es unrichtig zu sagen, das sittliche Empfinden sträube sich gegen Eigentumsrechte am Leichnam. Das sittliche Empfinden sträubt sich gegen umfassende Einwirkungsbefugnisse auf den Leichnam. Die im Volke vorherrschenden Anschauungen über Pietät und Anstand können also gar nicht gegen Eigentumsrechte an Leichen sprechen, sondern nur eine - allerdings einschneidende - Inhaltsbeschränkung des Eigentums am Leichnam bewirken.

Für die These, daß Leichen von Natur aus jeder Aneignung entzogen seien, hat, soweit ersichtlich, nur von Alvensleben (152) sich um eine weitere Begründung be-

151) vgl. §§ 16, 12, 3 Reichsnaturschutzgesetz vom 26. Juni 1935, Sartorius Nr. 31.

152) vgl. S. 48 f.

müht. Er geht davon aus, daß der lebende Mensch an Teilen, die von seinem Körper abgetrennt werden, nicht unmittelbar Eigentum erwerbe, sondern an ihnen ein ausschließliches Aneignungsrecht habe. Daraus folgert v. Alvensleben, daß dem Menschen bezüglich aller Teile seines Körpers ein latentes ausschließliches Aneignungsrecht zustehe. Dieses Recht sei höchstpersönlicher Natur, könne nicht auf einen anderen übertragen werden und falle daher mit dem Tode des Menschen fort. Damit sei alsdann die einzige Möglichkeit, Eigentumsrechte an Teilen des Körpers, am ganzen Körper oder nunmehr an der Leiche zu begründen, geschwunden.

Diese Folgerung beruht auf einem Gedankenfehler, der allerdings durch die herrschende Ansicht über das Wesen der absoluten Rechte nahegelegt wird. Wenn ein ausschließliches Aneignungsrecht erlischt, dann ist die logische Folge, daß allgemeine Freiheit zum Aneignen einkehrt, und nicht, daß eine Aneignung nun ganz ausgeschlossen sei. Ein ausschließliches Aneignungsrecht darf man sich richtigerweise nur als eine Abwehrmauer gegen andere Aneignungslüsterne vorstellen, die nur dem Berechtigten Zugang gewährt, und nicht als eine Beziehung des Berechtigten zur herrenlosen Sache.

Die Lehre, daß an Leichen keine Eigentumsrechte bestehen könnten, hat sich als ebensowenig überzeugend erwiesen wie die Hilfskonstruktion, daß den Erben bzw. Angehörigen ein ausschließliches Aneignungsrecht am Leichnam zukomme. Damit erscheint die Annahme, daß der Leichnam eines Verstorbenen zunächst herrenlos sei, sehr fragwürdig, und die oben getroffene Feststellung, bezüglich des Eigentumserwerbs am Leichnam bestehe eine echte Gesetzeslücke, gewinnt an Gewicht. Diese Gesetzeslücke ist auf Grund einer umfassenden Rechtsanalogie mit dem Rechtssatz auszufüllen, daß mit dem Sterbefall dem Erben das Eigentum am Leichnam zuwächst.

Es ist in der Lehre allgemein anerkannt und kann auch als gesicherte Rechtssprechung gelten, daß mit dem Sterbefall ein Bestimmungsrecht bezüglich des Leichnams entsteht. Oben wurde abgeleitet, und zwar in der Hauptsache aus §§ 1922 ff., 2303, 2194, 1698 b und 1968 BGB, daß dieses Bestimmungsrecht dem Erben zukommt. Weiterhin wurde erkannt, daß das Bestimmungsrecht ein absolutes Abwehrrecht gegen jedermann in Bezug auf eine Sache ist, daß es auch eine zuordnende Funktion erfüllt und somit in allen wesentlichen Punkten mit dem Eigentumsrecht übereinstimmt. Die Tatsache, daß das Gesetz nichts über den Eigentumserwerb des Erben am Leichnam des Erblassers aussagt, kann danach nicht mehr entscheidend gegen diesen Eigentumserwerb sprechen, weil die Entstehung des Bestimmungsrechts ja auch nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch normiert ist, obwohl es zweifellos gegenüber jedermann wirksam und daher ein absolutes Recht ist.

Es darf mithin festgestellt werden, daß das subjektive Recht des Menschen am eigenen Körper mit dem Sterbefall auf den Erben übergeht und sich dabei zu einem Eigentumsrecht abschwächt (153).

Gegen die Richtigkeit der These, daß der Leichnam im Eigentum des Erben stehe, scheint der Umstand zu sprechen, daß das Strafgesetzbuch in § 168 einen besonderen Tatbestand enthält, nach dem bestraft wird, wer unbefugt einen Leichnam aus dem Gewahrsam des Berechtigten wegnimmt. Man könnte meinen, diese Vorschrift sei neben dem allgemeinen Diebstahlstatbestand des § 242 StGB überflüssig, wenn der Erbe Eigentümer des Leichnams sei. Dem ist Bohne entgegengetreten (154). Er hat überzeugend ausgeführt, an einem Leichendieb-

153) Für Erbeneigentum am Leichnam haben sich ausgesprochen: Bekker S. 331; Sndheim Recht 1905 S. 43; Oertmann Vorbem. 6 ex vor § 90, in LZ 1925 Sp. 513; Weiser S. 38; Brunner NJW 1953 S. 1173; außerdem hält Bauer, S. 24, diese Theorie für unwiderlegbar, in ähnlichem Sinne vgl. LG Köln MDR 1948 S. 365.

154) vgl. Bohne, Festschrift, S. 144.

stahl sei der Verstoß gegen die Pietät gravierender als die Verletzung des Rechts der Erben. In der Tat steht hier die religiöse Wertung für die strafrechtliche Beurteilung im Vordergrund. Das entspricht der allgemeinen Anschauung, und diese Sondervorschrift rechtfertigt sich also auch dann, wenn man das Erben-eigentum anerkennt. Wenn sich mithin der objektive Gesetzeswortlaut mit der Annahme eines Eigentumserwerbs des Erben am Leichnam vereinbaren läßt, kann es auf sich beruhen, ob der Gesetzgeber des Strafgesetzbuches im Jahre 1871 den Leichnam als herrenlose Sache oder als Nichtsache angesehen hat.

Hervorgehoben sei schließlich noch, daß der Schutz des Rechts am Leichnam eine begrüßenswerte Vereinfachung erfährt, wenn dem Erben gemäß den obigen Ausführungen das Eigentum am Leichnam zugebilligt werden darf.

Indem die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Eigentum Anwendung finden können, sind keine komplizierten Hilfskonstruktionen mehr vonnöten, wie sie Blume und Bauer (155) in Anlehnung an die Vorschriften über die elterliche Gewalt zu entwickeln versucht haben. Die von diesen Autoren vorgeschlagenen Analogieen (z.B. zu § 1632 BGB) erscheinen gesucht und vermögen dabei einen ausreichenden Rechtsschutz nicht einmal zu gewähren.

Daß die Leiche unpfändbar ist, läßt sich aus § 811 Ziff. 13 ZPO entnehmen. In dieser Vorschrift sind schon alle Gegenstände, die zur unmittelbaren Verwendung für die Bestattung bestimmt sind, der Pfändung entzogen. Erst recht muß das für die Leiche gelten (156).

155) vgl. Blume S. 393; Bauer S. 25 ff..

156) Eine Sonderfrage, auf die hier nicht näher einzugehen ist, liegt darin, ob auf das Recht am Leichnam § 847 BGB anzuwenden ist, vgl. dazu LG Bonn JW 1928 S. 2296.

5.) Der Leichnam gehört nicht zum Nachlaß.

Nachdem dargestellt worden ist, daß der Erbe mit dem Erbfall das Eigentum nicht nur an den einzelnen Nachlaßgegenständen, sondern auch am Leichnam seines Erblassers erwirbt, stellt sich die Frage, ob der Leichnam dem Nachlaß zuzurechnen ist. Das ist zu verneinen. Die Ausdrücke Nachlaß oder Erbschaft verwendet das Gesetz zur Bezeichnung des Vermögens des Erblassers im Zeitpunkt des Todes (vgl. § 1922 BGB). Nur was zu Lebzeiten des Erblassers zu seinem Vermögen gehört hat, fällt in den Nachlaß. Das Vermögen eines Menschen erfaßt nicht den Leib. Der Körper ist wesentlicher Bestandteil der Person, und wenn auch aus seiner Verletzung Ansprüche entstehen können, die als Vermögenswerte gelten müssen, so gehört er selbst doch nicht zum Vermögen. Diese Schadensersatzansprüche berechnen sich nämlich hauptsächlich nach den Vermögenswerten, die zur Heilung aufgewendet werden müssen (§§ 249, 251 BGB) oder von deren Erwerb die Person durch die Körperverletzung verhindert wird (§ 252 BGB). Diejenigen Ersatzansprüche aus einer Körperverletzung, die sich nicht auf solche Art berechnen und die man daher unter dem Begriff des immateriellen Schadens zusammenfaßt (§ 253 BGB), gehören dagegen nicht zum Vermögen einer Person im Sinne von § 1922 BGB; denn in § 847 BGB ist bestimmt, daß sie grundsätzlich nicht auf den Erben übergehen. Somit läßt sich auch aus der positiven Bestimmung des § 847 BGB der Schluß herleiten, daß der Körper nicht zum Vermögen des Menschen gehört; wäre er Vermögensteil, dann müßten alle Ansprüche aus seiner Verletzung ebenfalls Vermögensbestandteile sein.

Diejenigen Vorschriften des fünften Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches, die ausschließlich die Erbschaft betreffen, können also auf den Leichnam keine unmittelbare Anwendung finden. Das gilt z.B. für die Verwal-

tungsrechte eines Nachlaßverwalters oder eines Testamentsvollstreckers (§§ 1985, 2205), für letzteren freilich mit Ausnahme des Falles, daß er ausdrücklich mit der Fürsorge für den Leichnam betraut ist. Selbstverständlich ist es, daß der Leichnam bei einer Inventarerrichtung nach § 2001 BGB nicht berücksichtigt zu werden braucht. Ein Erbschafts Kauf oder eine Verfügung über einen Miterbenanteil (§§ 2371, 2033 BGB) kann sich ebenfalls nicht auf den Leichnam erstrecken. Schließlich wird man auch annehmen müssen; daß eine Ausschlagung der Erbschaft nach §§ 1942 ff. BGB das Recht am Leichnam nicht berührt. Für eine Ausschlagung der Erbschaft sind nämlich durchweg rein vermögensmäßige Erwägungen des Erben leitend. Zwar wird in § 1953 BGB angeordnet, daß nach einer Ausschlagung der vorherige Anfall der Erbschaft als nicht erfolgt gelten solle. Diese gesetzliche Fiktion soll sicherstellen, daß das Vermögen des Erblassers unmittelbar und im ganzen auf den endgültigen Erben übergeht. Sie kann es aber nicht völlig aus der Welt schaffen, daß der Ausschlagende zwischenzeitlich Erbe gewesen ist. Dem Willen des Erblassers und den tatsächlichen Verhältnissen dürfte es am besten entsprechen, wenn das Recht am Leichnam bei demjenigen verbleibt, der zunächst Erbe geworden ist, wenn auch die Erbschaft späterhin einem anderen anfällt (157).

Es war also nicht ganz präzise ausgedrückt, wenn ich bisher gesagt habe, bestimmungsberechtigt sei der Erbe. Richtig muß es heißen, bestimmungsberechtigt ist, wer mit dem Sterbefall zunächst Erbe wird. Dazu paßt auch die gesamte oben gegebene Begründung. Erwähnt sei dazu noch, daß die Frage, ob das Recht am Leichnam von einer Ausschlagung der Erbschaft berührt wird, für Fälle der Verpflanzung von Leichenteilen kaum jemals praktische Bedeutung erlangen wird. Innerhalb der kurzen Zeitspanne nach dem Tode, in der Ver-

157) vgl. hierzu Báuer S. 15.

pflanzungen allein möglich sind, denkt wohl noch niemand an eine Ausschlagung der Erbschaft, die ja immerhin gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgen muß und für die das Gesetz dem Erben eine Frist von sechs Wochen läßt (§§ 1945, 1944 BGB).

6.) Der Wille des Verstorbenen.

Es steht in der Rechtswissenschaft unbestritten fest, daß der Mensch für das Schicksal seines Leichnams rechtlich bedeutsame Maßnahmen treffen kann. Nicht nur für das Vermögen, sondern auch für den Leichnam kann der Wille der Person nach ihrem Tode noch Rechtswirkungen äußern. Dieser Grundsatz dürfte nur deswegen im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich festgelegt worden sein, weil er als selbstverständlich angesehen wurde (158). Die oberen Gerichte haben denn auch in ständiger Rechtsprechung daran festgehalten, daß für Ort und Art der Bestattung zuvörderst der Wille des Verstorbenen maßgebend sei (159). Inzwischen ist dieser Grundsatz für die Einzelfrage, ob eine Leiche beerdigt oder eingäschert werden soll, Gesetz geworden (§ 2 Feuerbestattungsgesetz).

Die Bestimmungen, die jemand über seinen Leichnam hinterlassen kann, können zweierlei Art sein. Es ist zum einen möglich, daß bestimmten lebenden Personen ein Recht auf den Leichnam zugewendet wird; der häufigste Fall dafür ist, daß eine Person zum Erben eingesetzt wird, die nach gesetzlicher Erbfolge nicht Erbe geworden wäre. Andererseits sind Anordnungen möglich, die den Verfügungsberechtigten Erben zu bestimmten Maßnahmen anhalten sollen, jedoch das Recht am Leichnam nicht unmittelbar berühren.

Anordnungen dieser letzteren Art hat der Gesetzgeber unter den Begriff der Auflagen gefaßt (§§ 1940, 2192 ff.

158) vgl. § 169 I 12, § 457 II 11 ALR.

159) vgl. RG-Seuff.Bl. Bd. 70 S. 14; RG JW 1912 S. 540; 1915 S. 595; KG-Seuff.Arch. Bd. 73 Nr. 227; OLG Hamburg LZ 1920 Sp. 660; RGZ Bd. 100 S. 172, Bd. 108 S. 220.

BGB). Es geht dabei um Fragen wie Ort, Art und Zeitpunkt der Bestattung, kirchliche Einsegnung oder nicht und Ausgestaltung des Grabes, insbesondere die Grabinschrift. Bezüglich derartiger Anordnungen herrscht in der Rechtswissenschaft Streit darüber, ob der Wille des Verstorbenen in testamentarischer Form zum Ausdruck gekommen sein muß, um für den Erben rechtlich verbindlich zu sein, oder ob auch die Vollziehung formlos geäußelter Wünsche des Verstorbenen vom Erben verlangt werden kann.

Diese Streitfrage ist für das hier behandelte Thema nicht bedeutungslos. Zwar sind in erster Linie nur diejenigen Willenserklärungen zu untersuchen, mit denen der Verstorbene einem Außenstehenden Rechte auf den Leichnam zuwenden wollte, also letztwillige Verfügungen, Vermächtnisse und Rechtsgeschäfte unter Lebenden über den eigenen Leichnam bzw, insbesondere über einzelne zur Verpflanzung geeignete Teile desselben. Die Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit bloßer Auflagen an den Erben sind aber auch zumindest insofern von Interesse, als durch Auflagen das Recht des Erben, über Leichenteile zum Zwecke der Transplantation zu verfügen, beschnitten werden kann.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, Wünsche des Verstorbenen über die Bestattung und dergl. begründeten zwar immer eine sittliche Pflicht des für den Leichnam Bestimmungsberechtigten, rechtlich verbindlich seien sie jedoch nur dann für ihn, wenn sie in Form einer testamentarischen Auflage zum Ausdruck gekommen seien (160). Andererseits wird aber auch gelehrt, den Bestimmungsberechtigten treffe eine Rechtspflicht, jedem Wunsch des Verstorbenen bezüglich des Schicksals seiner Leiche nachzukommen, gleichgültig ob dieser Wunsch in Testamentsform oder sonstwie schriftlich

160) vgl. Sandheim, Recht 1905 S. 43; Blume AcP Bd. 112 S. 407; Johnsen S. 72; Weiser S. 61; Berger S. 24; Staud.-Lehmann Anm. 14 zu § 1968; Palandt Vorbem. 4 b vor § 90.

vorliege, ob er lediglich mündlich geäußert oder gar nur den Umständen zu entnehmen sei (161). Für diese Ansicht scheint die Regelung des Feuerbestattungsgesetzes zu sprechen. Aus den §§ 2 I, II, V, 3 II Ziff. 4, 4 dieses Gesetzes könnte man nämlich im Wege eines Umkehrschlusses entnehmen, daß auch ein nur formlos geäußelter Wille eines Verstorbenen über die Bestattungsart im polizeibehördlichen Genehmigungsverfahren Berücksichtigung finden muß, wenn er von einem entfernteren Angehörigen des Verstorbenen geltend gemacht wird. Dieser Umkehrschluß wäre aber nicht bedenkenfrei. Er müßte sich hauptsächlich auf § 3 II Ziff. 4 Feuerbestattungsgesetz stützen. Wenn man dagegen dem § 4 mehr Bedeutung zumessen will und insbesondere der darin enthaltenen Rückverweisung auf § 2 I Feuerbestattungsgesetz, kommt man zu dem Schluß, daß nur eine in Testamentsform nachweisbare Willensbekundung des Verstorbenen beachtlich sei. Da diese letztere Auslegung den Erfordernissen eines eilbedürftigen polizeilichen Genehmigungsverfahrens besser gerecht wird, kann man beide Auslegungen als etwa gleichwertig ansehen. Aus dem Feuerbestattungsgesetz lassen sich also weder für noch gegen die Formbedürftigkeit von Bestattungsanordnungen gewichtige Argumente herleiten.

Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches bietet dagegen einen wichtigen Hinweis für die Formbedürftigkeit solcher Willensbekundungen. Solange nämlich in den Entwürfen als grundsätzlich allein zulässige Testamentsform die öffentliche Form vorgesehen war, war eine besondere Vorschrift darüber geplant, daß der Erblasser Anordnungen über sein Begräbnis in privatschriftlicher Form treffen könne (§ 2225

161) vgl. Specovius JW 1925 S. 344; Josef JW 1925 S. 2109, Gruchot Bd. 65 S. 310; Enn.-Nipperdey § 121 I 1; Enn.-Kipp-Coing § 91 IV 11; Staud.-Coing Anm. 5 zu § 90; Erman-Böhle-Stamschräder Anm. 4 zu § 1; RGZ 154 S. 270.

Reichstagsvorlage) (162). Diese Vorschrift ist nur deshalb nicht Gesetz geworden, weil sie überflüssig schien, nachdem die holographische Testamentsform allgemein zugelassen worden war (vgl. § 2205 RTV-§ 2231 BGB). Der Gesetzgeber ging also davon aus, daß formlose Willensbekundungen bezüglich des Schicksals der eigenen Leiche keine rechtlichen Bindungen für den Erben zu schaffen vermöchten. Diese Auffassung des Gesetzgebers spiegelt sich übrigens auch mit genügender Deutlichkeit im Gesetz wider. Unser Erbrecht erkennt nur Auflagen an, die in Testamentsform angeordnet sind (§§ 1940, 2192 ff. BGB). Nur für solche Auflagen eröffnet das Gesetz in § 2294 BGB die keineswegs selbstverständliche Möglichkeit, daß ein kleiner Personenkreis die Erfüllung des Willens des Verstorbenen dem Erben abverlangen kann. Es läßt sich also schwerlich mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch vereinbaren, wenn man für den Bereich des Leichnams auch formlose Willensbekundungen des Erblassers als Auflagen ansehen will, zu deren Vollziehung der Erbe von Rechts wegen verpflichtet ist. Freilich trifft den Erben insoweit regelmäßig eine Pietätspflicht.

Das Ergebnis, daß nur testamentarische Auflagen bezüglich des Leichnams rechtlich bindende Kraft haben können, erscheint auch de lege ferenda sinnvoller. Die Zulassung formfreier Auflagen bezüglich der Bestattung könnte zu einer Quelle unerquicklicher Streitereien werden. Zudem ist die Frage, ob ein Leichnam auf diese oder auf jene Weise beigesetzt wird, nicht von so überragender Bedeutung, daß sie eine Durchbrechung des allgemein für letztwillige Verfügungen geltenden Grundsatzes der Formenstrenge erheischen könnte. Man wird kaum behaupten können,

162) vgl. Mugdan, Materialien Bd. V S. XL f., 888, 893 f. Protokolle S. 713 ff. Die vereinfachte privatschriftliche Form war außerdem für familienrechtliche Anordnungen und für Vermächtnisse in Größenordnungen bis 1/20 des Nachlasses vorgesehen.

daß für den Bereich des Leichnams ein besonderes Bedürfnis für eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Spezialregelung besteht. Wer keine testamentarischen Anordnungen für das Schicksal seines Leichnams hinterlassen hat, wird gewiß nicht gewünscht haben, daß seine Hinterbliebenen darüber vor Gericht streiten. Es erweist sich also auch bezüglich des Leichnams, daß der Gesetzgeber weise gehandelt hat, wenn er für die Durchsetzung letzter Wünsche eines Verstorbenen Rechtsschutz nur in sehr beschränktem Umfang gewährt hat. Wenn Blume (163) demgegenüber ein Kontrollrecht postuliert dergestalt, daß alle Angehörigen die Ausführung des Willens des Verstorbenen überwachen und im Bedarfsfalle von Rechts wegen betreiben können, so ist diese Ansicht abzulehnen, weil ihr § 2194 BGB entgegensteht.

Alsdann bleibt zu untersuchen, auf welche Weise ein Erblasser einem Dritten ein Recht auf seinen Leichnam oder Teile desselben zuwenden kann. Wie bereits dargelegt wurde, fällt der Leichnam mit dem Sterbefall, wenn der Verstorbene keine anderslautende testamentarische Verfügung getroffen hat, in das Eigentum der gesetzlichen Erben. Weiterhin wurde gezeigt, daß in der Erbeinsetzung einer Person, die nicht zu den gesetzlichen Erben gehören würde, nicht nur eine Verfügung über das Vermögen, sondern auch eine solche über das Recht am Leichnam liegt.

Nun ist die Rechtslage zu begutachten, wenn ein Verstorbener testamentarisch bestimmt hatte, seinen Leichnam vermache er einem pathologischen Institut oder die Hornhaut seiner Augen solle für einen bestimmten Blinden nutzbar gemacht werden. Für die Fälle, in denen derart über den Leichnam im ganzen Verfügungen getroffen sind, könnte es zweifelhaft sein, ob danach der Leichnam unmittelbar mit dinglicher Wirkung dem im Testament Bezeichneten zufällt oder ob diesem als

163) vgl. AcP Bd. 112 S. 395; ebenso Josef in JR 1929 S. 85, Bauer S. 16 - 19.

Vermächtnisnehmer ein obligatorischer Herausgabeanspruch gegen den Erben zusteht. Eine Klärung dieser Frage ergibt sich nicht ohne weiteres aus der Auslegungsregel des § 2087 BGB. Unmittelbar kann diese Vorschrift nicht angewendet werden, weil der Leichnam nicht zum Nachlaß gehört. Ihr Normzweck ist zudem wesentlich vermögensrechtlich orientiert, denn er liegt offenbar hauptsächlich darin, den Nachlaß übersichtlich zusammenzuhalten, um eine einheitliche Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten zu ermöglichen. Die Frage, ob man das Eigentum am eigenen Leichnam durch Testament unmittelbar und mit dinglicher Wirkung einem Dritten, der nicht Erbe ist, zuwenden kann, ist nicht leicht zu lösen. Sie kann aber im Rahmen des hier behandelten Themas dahingestellt bleiben. Wenn nämlich ein Erblasser einem Dritten nur bezüglich eines bestimmten, für eine Überpflanzung vorgesehenen Leichenteiles ein Recht zugewendet hat, so kann dieses Recht schon deshalb kein dingliches sein, weil wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache gemäß § 93 BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Eine derartige letztwillige Anordnung eines Erblassers ist als Vermächtnis anzusehen.⁽¹⁶⁴⁾ Die Tatsache, daß die betreffenden Leichenteile zu Lebzeiten des Verstorbenen als Körperteile nicht zum Vermögen im Sinne von § 1922 BGB gehört haben, steht der Zulässigkeit solcher Vermächtnisse nicht entgegen. In § 2169 BGB ist ausdrücklich bestimmt, daß auch Dinge, die nicht zum Nachlaß gehören, Gegenstand eines Vermächtnisses sein können. Wenn also jemand in einem gültigen Testament den Willen zum Ausdruck gebracht hat, daß bestimmte Teile seines Leichnams von einem Kranken für eine

164) Vermächtnisse über die eigene Leiche werden gemeinhin für wirksam gehalten, vgl.: Oertmann Vorbem. 6 *επαυρο* § 90; v. Schwerin Seuff. Bl. Bd. 70 S. 669; Josef in LZ 1926 Sp. 107, in Guchot Bd. 65 S. 304; Hegemann S. 42; Berger S. 23; Weiser S. 61. Für regelmäßig sittenwidrig werden sie erachtet von: Gareis, Festgabe S. 94; Johnsen S. 70, 73; Schultheis S. 38.

Transplantation in Anspruch genommen werden dürfen, so kann dieser Kranke gemäß § 2174 BGB von dem Erben des Verstorbenen verlangen, daß er die Übertragung gestatte. In dem Moment, in dem der operierende Arzt in einem solchen Falle an dem betreffenden Leichenteile zugunsten des Kranken Besitz ergreift, erwirbt der Kranke daran nach § 956 BGB das Eigentum.

Wenn Leichenteile für eine Transplantation Verwendung finden sollen, dann wird die dahingehende Anordnung des Verstorbenen nur in den seltensten Fällen als eine einseitige letztwillige Verfügung ergangen sein. Normalerweise wird vielmehr eine zweiseitige Vereinbarung darüber vorliegen. Der Umstand, daß eine Überpflanzung von Leichenteilen nur alsbald nach dem Sterbefall erfolgreich durchgeführt werden kann und daß daher noch zu Lebzeiten des Spenders Vorkehrungen getroffen werden müssen, bringt es mit sich, daß die Zuwendung eines Rechts auf Leichenteile in der Praxis hauptsächlich als Inhalt eines Vertrages unter Lebenden erscheint. Solche Verträge sind nach § 308 BGB als Verpflichtungsgeschäfte zur Übertragung künftiger Sachen grundsätzlich wirksam (165).

Als Verfügungsgeschäfte können sie freilich noch nicht vollzogen werden, weil die zur Überpflanzung vorgesehenen Leichenteile zunächst als Körperteile noch keine Sachen sind. Das hindert aber nicht, daß bezüglich dieser künftigen Leichenteile rechtswirksame Verpflichtungen eingegangen werden können, die später von den Erben erfüllt werden müssen.

Zu untersuchen ist nur, ob solche obligatorischen Geschäfte einer besonderen Form bedürfen, um nicht als Umgehungsgeschäfte im Sinne des Erbrechts nichtig zu sein. Die für einen Erbvertrag geltenden Formvor-

165) vgl. Gareis, Festgabe S. 92; v. Alvensleben S. 53; v. Schwerin S. 669; Hegemann S. 42; Josef LZ 1926 Sp. 106; Oertmann Vorbem. 6 e ~~gaa~~ vor § 90; Berger S. 16; Philipsborn JW 1930 S. 1553; Fromm S. 37; Weiser S. 64; Bohne S. 166.

schriften (§ 2276 BGB) brauchen nicht beachtet zu werden, weil es hier nicht um Verträge über die Erbschaft im ganzen geht, zumal der Leichnam nicht einmal zum Nachlaß gehört. Dagegen ist die Vorschrift des § 2301 BGB von Wichtigkeit; ein Vertrag, in dem jemand unentgeltlich einem anderen verspricht, er dürfe Teile seines Leichnams für sich herausverlangen, bedarf testamentarischer Form. Der § 2301 BGB muß deshalb berücksichtigt werden, weil er nicht besonders scharfe Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen über das Vermögen anordnet, sondern im Gegenteil eine Formerleichterung für letztwillige Schenkungsversprechen gegenüber der allgemeinen Vorschrift des § 518 BGB beinhaltet. Wer Teile seines Leichnams einem anderen unentgeltlich verspricht, verspricht damit eine Leistung, die an sich dem § 518 BGB unterfällt. Weil diese Leistung jedoch nach dem Inhalt des Vertrages von den Erben zu erbringen ist, muß § 2301 BGB Platz greifen. Ein Recht auf Leichenteile kann also unentgeltlich einem Dritten nur in Form eines testamentarischen Vermächtnisses zugewendet werden oder in einem handschriftlichen Verträge, der den Tatbestandserfordernissen eines Testamentes (in erster Linie § 2247 BGB) entspricht.

Entgeltliche Verträge unter Lebenden unterliegen demgegenüber keiner Formvorschrift. Man wird solche Verträge über Leichenteile auch nicht allgemein als sittenwidrig ansehen dürfen. Der eine Vertragsteil nämlich, der für die Zusicherung, er dürfe demnächst Leichenteile für seine Heilung verwenden, als Gegenleistung einen Geldbetrag erbringt, handelt gewiß nicht sittenwidrig. Aber auch das Verhalten des anderen Vertragspartners - mag man es auch mit Recht als schäbig betrachten - kann nicht grundsätzlich als unsittlich verurteilt werden.

7.)

Rechtsgeschäfte des Erben.

Wenn der Erblasser durch Vertrag unter Lebenden oder durch testamentarisches Vermächtnis einem Dritten das Recht gewährt hat, von seinem Leichnam gewisse Teile für eine Überpflanzung in Anspruch zu nehmen, ist der Erbe verpflichtet, die Abtrennung und Aneignung dieser Teile nach § 956 BGB zu genehmigen. Daß der Erbe als Eigentümer des Leichnams zu diesem dinglichen Rechtsgeschäft auch befugt ist, bedarf keiner Erörterung. Gewöhnlich wird der Erbe auch gleich nach dem Sterbefall bekannt sein. Wenn nämlich ein Verunglückter oder ein Kranker in einer Klinik liegt und mit seinem baldigen Ableben gerechnet wird, wird ein Arzt, der eine Transplantation vorbereiten möchte, meist keine großen Schwierigkeiten haben, durch vorsichtige Anfragen bei dem Kranken selbst oder bei seinen Angehörigen festzustellen, ob die gesetzliche Erbfolge eintreten wird oder ob ein Testament vorliegt, das etwas anderes bestimmt. Wenn das aber einmal nicht gelungen und der Erbe daher zunächst nicht bekannt ist oder wenn er so rasch nicht erreicht werden kann, so sind in - gegebenenfalls analoger - Anwendung des § 1698 b BGB (166) der Ehegatte oder die nächsten Verwandten ab- und aufsteigender Linie des Verstorbenen (zumindest) als gesetzliche Vertreter des Erben als befugt anzusehen. Wenn aber weder die Erben noch auch überhaupt nächste Angehörige zur Stelle sind, so liegen, sofern es sich nur um die Erfüllung einer Verpflichtung handelt, die der Verstorbene noch zu Lebzeiten eingegangen war, regelmäßig die Voraussetzungen der Selbsthilfe nach § 229 BGB vor. Da Leichenteile nur ganz kurze Zeit nach dem Tode für eine Transplantation verwendbar bleiben, handelt ein Arzt nicht rechtswidrig, wenn^{er} in solchen Fällen die vom Verstorbenen einem Kranken vermachten Leichenteile auch ohne Aneignungsgestattung der Erben von der Leiche entnimmt

166) vgl. oben S. 85.

und auf den Kranken überpflanzt. In diesem Falle erwirbt der Kranke zwar kein Eigentum an den Leichenteilen; diese werden aber unmittelbar mit der Einpflanzung in den Körper zu Körperteilen, wobei das Eigentum des Erben an ihnen untergeht (167). Der richtige Ablauf ist aber jedenfalls der, daß vor einer vom Verstorbenen gewollten Überpflanzung die Einwilligung und die Aneignungsgestattung des Erben eingeholt wird.

Dem Erben steht als Eigentümer des Leichnams auch das Recht zu, selbständig Leichenteile für eine Überpflanzung freizugeben, auch wenn der Verstorbene keinen diesbezüglichen Willen geäußert hatte. Ein solches Verhalten des Erben verstieße wohl auch nicht gegen Pietät und Anstand. Die Unversehrtheit eines Leichnams ist kein so hohes Gut wie die Gesundheit eines kranken lebenden Menschen.

Falls das Recht am Leichnam einer Mehrzahl von Erben gemeinsam zusteht, ist zu einer rechtlich wirksamen Verfügung die Zustimmung aller Berechtigten vonnöten, wie sich aus entsprechender Anwendung des § 2040 BGB ergibt.

167) §§ 93, 947 II BGB analog, vgl. oben S. 45.

D A N K

gebührt an dieser Stelle ganz besonders meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Westermann. Er hat die vorliegende Arbeit gelten lassen, obwohl er ihren Ergebnissen in fast allen wichtigen Punkten nicht beipflichtet. Wenn es mir gelungen sein sollte, diese Ergebnisse, die der herrschenden Meinung widerstreiten, in etwa hinlänglich zu begründen, dann wohl deshalb, weil ich seinen Einwänden entgetreten mußte.

In Dankbarkeit gedenke ich ferner meiner Lehrer Professor Erik Wolf in Freiburg, dessen Seminar über Platons Dialog Nomoi im Sommersemester 1954 mir eine bleibende Erinnerung bedeutet, und Professor K. Michaelis in Göttingen, früher Münster.

M E I N L E B E N

begann am 9. Oktober 1932 in Osnabrück. Ich bin der Zweitälteste von vier Geschwistern. Meine Eltern sind der Oberstudienrat i.R. Josef Schäfer und seine Ehefrau Else geb. Große Beilage. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach dreizehnjährigem Schulbesuch habe ich am 19. März 1952 am humanistischen Gymnasium Carolinum in Osnabrück die Reifeprüfung bestanden. Mein juristisches Studium habe ich dann sogleich in Münster aufgenommen; dort habe ich zunächst drei Semester studiert. Das Wintersemester 1953/54 und das Sommersemester 1954 habe ich an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau verbracht. Anschließend habe ich mein juristisches Studium mit zwei weiteren Semestern in Münster abgeschlossen. Die erste juristische Staatsprüfung habe ich am 5. Dezember 1955 bei dem Justizprüfungsamt in Hamm abgelegt. Während meiner Referendarzeit habe ich im Sommersemester 1958 an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer studiert. Die zweite juristische Staatsprüfung habe ich am 4. Dezember 1959 in Hannover bestanden. Zur Zeit bin ich im Rechtsamt der Stadt Osnabrück tätig.

Osnabrück, im Mai 1961
Humboldtstr. 25

Paul Schäfer.

